Das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen im Entwurf eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Eberhard-Karls-Universität

zu Tübingen

vorgelegt von

Manfred Boehringer

Referendar

beim Württ. Landgericht Stuttgart.

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen

1930.

Referent: Prof. Dr. Schoetensack.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Übersicht.

Seite

Literaturverzeichnis 5

Die Aufgabe 7

I. Teil:

Der Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit und die Notwendigkeit ihrer Unterscheidung bei der Strafbemessung nach geltendem Recht.

§ 1. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (I. Teil, V. Abschn. d. StGB.) 8

§ 2. Die Begründung der Einheitsvorstellung des Handelns nach der natürlichen Anschauung 13

§ 3. Die juristische Handlungseinheit 27

§ 4. Rechtfertigt der Unterschied der Konkurrenzformen eine verschiedene Bestrafung? 33

§ 5. Das fortgesetzte Delikt 43

II. Teil:

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit außerhalb des „Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen" („Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen").

§ 6. Hat die Gleichstellung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit in § 65 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 über die Strafbemessung hinausgehende Bedeutung? 50

§ 7. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Frage nach dem Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung 54

§ 8. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Frage nach dem Umfang der Rechtskraft 61

§ 9. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Verjährung . 73

§ 10. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit beim Strafantrag . . 78

§ 11. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Teilnahme . 81

§ 12. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Frage nach Ort und Zeit der Tat 89

III. Teil:

Das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927.

§ 13. Das Absorptionsprinzip 99

§ 14. Die Einheitsstrafe 109

§ 15. Die Regelung des Entwurfs im Einzelnen 117

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0024

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Auflage 1922.

Bar, v., Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. III, 1909.

Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1909.

Beling, Gestaffelte Strafzumessung, ein Beitrag zur gesetzgeberischen Behandlung von Konkurrenz und fortgesetztem Delikt. Ger.Saal Bd. 93, S. 131 ff.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1909.

Beling, Grundzüge des Strafrechts, 6. u. 7. Aufl. 1920.

Bennecke-Beling, Lehrbuch d. deutschen Reichsstrafprozeßrechts 1900.

Berner, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß, 1891.

Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885.

Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898.

Bockshammer, Über die Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem" auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdelikts, Tüb. Diss. 1896.

Bumke, Der neue Strafgesetzentwurf, D.J.Z. 1925, S. 21 ff.

Bünger, Über Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, 1888 Bd. 8, S. 520 ff und S. 661 ff.

Buri, v., Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879.

Bürk, Über das Wesen der Idealkonkurrenz, Stuttgart 1927.

Calker, van, Strafrecht, Grundriß zu Vorlesungen. 2. Aufl. 1924.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe insbesondere Täterschaft und Teilnahme, 1909.

Coenders, Die Idealkonkurrenz. D.Str.Z. 1914, Sp. 339 ff.

Coenders, Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz. Greifswald 1921.

Doerr, Das fortgesetzte Delikt. Beil.Heft z. Ger.Saal Bd. 81 (1908).

Dohna, Graf zu, Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen in „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs", herausgegeben von Aschrott und v. Liszt, Bd. I, Allgem. Teil, S. 401 ff (1910).

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch, 3. Aufl. 1925.

Farnbacher, Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem" auf den Begriff des sogenannten fortgesetzten Verbrechens. Ger.Saal Bd 54, S. 386 ff.

Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Bd. I, 1904.

Finger, Die Reichstagsvorlage des Amtlichen Entwurfs, Ger.Saal Bd. 95, S. 136.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1922.

Gerland, Der Entwurf 1925 Allg. Teil (1925).

Habermaas, Die ideale Konkurrenz der Delikte. Tüb. Diss. 1882.

Hälschner, System des preußischen Strafrechts 1858—1868.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881.

Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, 1893.

Hippel, v., Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. Z.St.W. Bd. 42, S. 541.
Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925.
Honig, Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen. Ger.Saal Bd. 92, S. 115 ff.
Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Bd. I, 1901, Bd. II, 1908.
John, Beiträge zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz, Berlin 1860.
Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft. Monatsschr. f. Krim.Psych. u. Strafr.Reform Bd. 7, S. 257 ff.
Köhler, A., Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900.
Köhler, A., Reformfragen des Strafrechts. München 1903.
Köhler, A., Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil. 1917.
Kohler, J., Begriff der fortgesetzten Missetat. Goltd. Arch. 1906, S. 153 ff.
Kramer, Das fortgesetzte Verbrechen. Gött. Diss. 1907.
Liszt, v., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Aufl. besorgt von E. Schmidt.
Lobe, Lücken im Amtlichen Entwurf eines Strafgesetzbuchs. Ger.Saal Bd. 92, S. 153 ff.
Lobe, Die Regelung des Entwurfs über das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen. Ger.Saal Bd. 93, S. 118 ff.
Loewe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1925.
Mayer, Max, Ernst, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 1293.
Mayer, Otto, Der Begriff der Handlung im Sinne der §§ 73 und 74 des RStGB. Ger.Saal Bd 74.
Merkel, P., Konkurrenz. Vgl. Darst. Deutsch. u. Ausl. Strafr. Allg. Teil, Bd. V, 1908, S. 269 ff.
Mittermaier, Über den Unterschied zwischen fortgesetztem und wiederholtem Verbrechen. Neues Archiv des Criminalrechts, 2. Bd. 1818.
Mittermaier, Über den Begriff fortgesetzter Verbrechen und die Aufstellung derselben in einem Strafgesetzbuche. Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege. Bd. I, 1837.
Olshausen, v., Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1927.
Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, 4. u. 5. Aufl. 1912.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921.
Schultz, v., Das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen nach jetzigem und nach künftigem Strafrecht. Jur. Rundschau 1928, S. 64—66.
Schwarz, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar, 1914.
Schwarze, Zur Lehre von dem sogen. fortgesetzten Verbrechen, 1857.
Wach, Legislative Technik. Vgl. Darst. d. Deutsch. u. Ausl. Strafr. Allgem. Teil Bd. VI, S. 82 f.
Wach, Der neue Strafgesetzentwurf, D.J.Z. 1925, S. 528.
Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, 1893.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.
Wachenfeld, Der Allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925, Goltd. Arch. Bd. 69, S. 209 ff, 257 ff, 353 ff.
Wegner, In Reform des Strafrechts bei Aschrott-Kohlrausch, S. 184 ff.

Die Aufgabe.

Das „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen“ war nach der lex lata ein Ausschnitt aus der Lehre von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit. Die §§ 73 und 74 ff. St.G.B. trugen beim Vorliegen mehrerer Gesetzesverletzungen desselben Täters zu einheitlicher Aburteilung den äußeren Erscheinungsformen der mehreren Tatbestandsverwirklichungen hinsichtlich Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit in der Weise Rechnung, daß sie grundsätzlich verschiedene Regeln für die Strafbemessung aufstellten. Der § 65 des 9. Abschnittes des Allgemeinen Teils des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927, der über das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen handelt, hat zwar eine begriffliche Scheidung der Konkurrenzformen beibehalten, ihr aber für die Frage der Strafbemessung jede Bedeutung genommen. Diese Verschiedenheit der gesetzlichen Bestimmungen rechtfertigt es, sich die Frage vorzulegen: Ist der Gesetzgeber gehalten, den zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bestehenden Unterschied seinerseits durch unterschiedliche Rechtsregeln anzuerkennen oder kann er die Erscheinungen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit überhaupt völlig ignorieren?

Ausgangspunkt dieser Untersuchung muß die Feststellung des Handlungsbegriffes sein, der sowohl dahin umstritten ist, welchem Gebiet der menschlichen Anschauung er zu entnehmen sei, als dahin, welche Kriterien an ihn anzulegen seien.

Anschließen an diese Untersuchungen wird sich eine Betrachtung des „Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen“ des E. 27 im Einzelnen.

I. Teil.

Der Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit und die Notwendigkeit ihrer Unterscheidung bei der Strafbemessung nach geltendem Recht.

§ 1.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. (I. Teil, V. Abschn. des Strafgesetzbuchs.)

Gesetz und Wissenschaft haben den Fall, daß der nämliche Täter wegen mehrfacher Verletzung der Strafgesetze in der nämlichen Aburteilung zur Verantwortung gezogen wird oder doch jedenfalls zur Verantwortung gezogen werden könnte, in begrifflich geschiedene Kategorien eingeteilt. Die lex lata hat die Scheidung dahin vollzogen, daß sie von dem Fall, daß der Täter durch eine einzige einheitliche Handlung die mehreren Gesetzesverletzungen vollzogen hat (Idealkonkurrenz), den Fall trennt, daß der Täter sich in mehreren selbständigen Handlungen gegen die Gesetze vergangen hat (Realkonkurrenz). Beiden Fällen gemeinsam ist demnach Einheit des Täters, Mehrheit von Gesetzesverletzungen und das Zusammentreffen dieser mehreren Gesetzesverletzungen zu einheitlicher Aburteilung. Der Punkt, in dem die beiden Fälle differieren, ist die „Handlungseinheit" bzw. „Handlungsmehrheit".

Bevor wir nun auf die Folgerungen aus dieser Unterscheidung und deren Berechtigung und Wert eingehen können, muß erst die schwierige Frage gelöst werden, wann nach der Anschauung des Gesetzes eine und dieselbe Handlung und wann mehrere selbstständige Handlungen vorliegen, eine Frage, die von der Rechtswissenschaft bislang stiefmütterlich behandelt worden ist.

Welcher Ausschnitt aus den Lebensäußerungen des Einzelnen zu einer Einheit zusammengefaßt werden soll, bestimmt prinzipaliter das Strafgesetz[1]). Lediglich Zweckmäßigkeitsrücksichten

[1]) Höpfner I S. 205.

sind hier für den Gesetzgeber maßgebend. Der Gesetzgeber hat nun im Wege reiner Kasuistik sich eine Reihe von abstrakten Tatbeständen geschaffen, auf Grund deren die Lebensäußerungen des Delinquenten, soweit sie eben für die Ausfüllung dieser Tatbestände relevant sind, in Einheiten zum Zwecke der Bestrafung zerlegt werden. Der tausendfältigen Gestaltung des natürlichen Geschehens kann aber eine kasuistische Abstrahierung nie und nimmer gerecht werden, und so kommt es, daß die gesetzliche Einheit des Tatbestandes und die Einheit des natürlichen Tuns sich nicht immer entsprechen.

Wenn das geltende Gesetz in der Überschrift zum V. Abschnitt seines I. Teils vom Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen redet, so begreift es unter „strafbarer Handlung" jeweils jenen Ausschnitt aus dem historischen Geschehen, durch den der Täter einen verbotenen, strafbaren Tatbestand ausfüllt. Den Fall, daß das zu einheitlicher Aburteilung stehende deliktische Verhalten des Täters mehrere gesetzliche Tatbestände erfüllt, sieht die lex lata nun in den Bestimmungen der §§ 73 und 74 StGB. verschieden an, je nachdem die mehreren strafbaren Tatbestände (die mehreren „strafbaren Handlungen" im Sinne der Überschrift des V. Abschnitts) durch „eine und dieselbe Handlung" oder durch „mehrere selbständige Handlungen" realisiert worden sind. Diese doppelte Verwertung des Begriffes „Handlung" läßt den sicheren Schluß zu, daß die Handlung im Sinne der §§ 73 und 74 StGB. jedenfalls nicht gleichbedeutend ist mit Tatbestandsverwirklichung (der Handlung im Sinne der Überschrift des V. Abschnitts StGB.). Denn ein Zusammentreffen mehrerer Handlungen in einer Handlung ist nur möglich unter der Voraussetzung, daß j e n e Handlung n i c h t gleich d i e s e r Handlung ist. Es kann eine bestimmte Größe nicht gleich sein einer Mehrheit derselben Größe, sondern nur der Mehrheit einer andern Größe. Wir werden in unseren folgenden Ausführungen uns mit beiden vom positiven Recht verwerteten Handlungsbegriffen auseinanderzusetzen haben.

Das positive Recht bedient sich keines Handlungsbegriffes, der ein singulare tantum bildet, sondern eines Begriffes, der sowohl zu einer Einheit wie zu einer Vielheit in Beziehung gebracht werden kann. Das gilt von dem Handlungsbegriff im Sinne der Überschrift des V. Abschnitts StGB. wie von dem Handlungsbegriff im Sinne der §§ 73 und 74 StGB. Die Möglichkeit, die gesamte vor der Verfolgung liegende verbrecherische Tätigkeit desselben Angeklagten entweder zu einer Einheit oder zu einer Mehrheit in Beziehung zu setzen, wird aber keineswegs von der Natur der Sache verlangt.

Der Begriff Handlung ist, wie Honig mit Recht ausführt [2]), ein teleologischer und der Gesetzgeber ist natürlich bei der Verwertung derartiger teleologischer Einheiten frei. Es steht bei ihm, welche Akte der verbrecherischen Tätigkeit er zu einer Einheit verbunden wissen will, wobei er weder auf einen örtlichen noch einen zeitlichen noch einen psychischen Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte untereinander Rücksicht zu nehmen hat. An Stelle einer Zerlegung des verbrecherischen Verhaltens des Angeklagten in der Richtung der Verwirklichung verschiedener Tatbestände, könnte sich der Gesetzgeber deshalb z. B. auch einen Handlungsbegriff schaffen, der losgelöst von der erwähnten Beziehungsmöglichkeit das gesamte strafrechtlich relevante, zu einheitlicher Aburteilung zusammentreffende Verhalten des Täters umfaßt.

Auch was den Handlungsbegriff im Sinne der §§ 73 und 74 StGB. anlangt, dessen Natur und Kriterien Gegenstand der folgenden Untersuchung sein sollen, kann schon jetzt gesagt werden, daß der Gesetzgeber zu seiner Anerkennung nicht gezwungen ist. Stellt sich der Handlungsbegriff der §§ 73 und 74 StGB. als ein juristischer dar, so bedarf das keiner Begründung. Findet man aber den Handlungsbegriff der §§ 73 und 74 StGB. in dem natürlichen Handlungsbegriff des täglichen Lebens, so ist auch keine Notwendigkeit zu ersehen, die den Gesetzgeber zwänge, dieser natürlichen Betrachtungsweise auch nur in der Form einer begrifflichen Scheidung der Konkurrenzformen Rechnung zu tragen [3]). Die Regelung über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (bzw. Gesetzesverletzungen) könnte sich diesfalls darauf beschränken, festzusetzen: „Verletzt der Täter mehrere Gesetze und kommen diese Gesetzesverletzungen zu einheitlicher Verhandlung, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen." Mit dieser Regelung wären auf einmal die sämtlichen aus der Konkurrenzlehre erwachsenen Probleme gelöst. Die lex lata dagegen macht mit ihrer Aufteilung des verbrecherischen Verhaltens in die gesetzlichen Tatbestände einerseits, mit der Unterscheidung, ob mehrere zu einheitlicher Aburteilung zusammentreffende Gesetzesverletzungen durch „eine und dieselbe Handlung" oder durch „mehrere selbständige Handlungen"

---

[2]) Gerichts-Saal Bd. 92, 115.

[3]) Freilich hat Lobe Gerichts-Saal 93, 118 Recht, wenn er meint, den Unterschied der Konkurrenzformen könne der Gesetzgeber als eine der Wirklichkeit entnommene Erscheinung nicht aus der Welt schaffen. Caesar non supra res veras naturae. Was hindert ihn aber daran, die von der natürlichen Anschauung getroffene Unterscheidung seinerseits einfach zu ignorieren?

begangen sind andererseits, eine Feststellung der Einheitskriterien der beiden von ihr verwendeten Handlungsbegriffe notwendig.

Bei der Bestimmung, welcher Handlungsbegriff der Regelung der §§ 73 und 74 StGB. zugrunde liegt, läßt der Gesetzgeber völlig im Stich. Auch die Rechtswissenschaft hat sich dieser Frage besonders in jüngerer Zeit kaum angenommen. Es liegt zunächst der Gedanke nahe, daß, wenn das geltende Recht den modus puniendi mehrerer Gesetzesverletzungen von der Unterscheidung abhängig macht, ob „eine und dieselbe Handlung" oder ob mehrere „selbstständige Handlungen" vorliegen, das Gesetz selbst sich auch das Recht vorbehält, zu bestimmen, wann der eine und wann der andere Fall vorliegen soll. Das Reichsgericht [4]) hat diesen Gedanken aufgegriffen und ihm dahin Ausdruck verliehen, daß das Recht zu bestimmen habe, wann eine Handlung vorliege. Allein wir glauben in Ermangelung irgend welcher Anhaltspunkte nicht, den Handlungsbegriff der §§ 73 und 74 StGB. auf dem Gebiete juristischer Konstruktion suchen zu müssen. Das Schweigen des Gesetzes drängt dazu, den besagten Handlungsbegriff auf außerstrafrechtlichem Gebiete zu suchen.

Am klarsten und zweifelfreisten wäre die Scheidung zwischen einer Handlung und einer Vielheit von Handlungen zu ziehen, verwendete man den physiologischen Handlungsbegriff [5]). Der einzelne Stoß, Griff oder Schlag läßt sich ohne Schwierigkeit als ein in sich geschlossenes Ganzes von weiteren Körperbewegungen desselben Täters abtrennen. Eine derartige „mikroskopische Betrachtungsweise" liegt uns jedoch im allgemeinen fern. Auch der Gesetzgeber selbst greift in seinen gesetzlichen Tatbeständen nicht auf den physiologischen Handlungsbegriff zurück. Wenn der § 211 StGB. davon handelt, daß jemand vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet, so versteht er unter dem Tätigkeitsbegriff „töten" doch ohne Zweifel die gesamte schuldhafte und kausale Tätigkeit, soweit sie sich nicht lediglich als Vorbereitungshandlung darstellt. Das Vorliegen einer Handlungseinheit beschränkt sich also nicht auf den Fall, wo ein einziger Akt körperlicher Tätigkeit in Frage kommt. Der Auffassung des Gesetzgebers stellt sich also, wie es auch bei der natürlichen Betrachtung der Fall ist, häufig eine ganze Kette von Willensbetätigungsakten als einheitliches Handeln dar [6]). Und diese natürliche Betrachtungsweise des täglichen Lebens ist es, worauf uns der Stand der lex lata unserer Ansicht nach hindrängt. Rein tatsächliche und keine juristische

[4]) RG. 4, 190.
[5]) Vgl. Frank § 74 I.
[6]) RG. 32, 138 ff.

Gegebenheiten sind es, die die Einheitsvorstellung in uns wecken sollen.

Diese Ansicht über die Natur des Handlungsbegriffs der §§ 73 und 74 StGB. kann als die in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschende bezeichnet werden [7]). Besonders das RG. hat ihr in vielen Entscheidungen formellen Ausdruck gegeben. „Über die Frage, ob im Sinne des § 73 StGB. eine und dieselbe Handlung vorliegt, durch die mehrere Strafgesetze verletzt werden, entscheidet in erster Linie die Einheit des natürlichen Tuns und Lassens, d. h. es kommt darauf an, ob sich das Handeln in diesem Sinne der natürlichen Betrachtung als Handlungseinheit darstellt" [8]). Auch Lobe in Leipz.Komm. Einleitung XIV. 4 betont, daß die Frage, ob durch eine und dieselbe Tätigkeit mehrere strafbare Handlungen verübt oder ob diese durch verschiedene selbständige Handlungen realisiert worden seien, nach der natürlichen Auffassung entschieden werden müsse. Selbstverständlich ist dann, wenn man davon ausgeht, daß der Handlungsbegriff der §§ 73 und 74 StGB. der natürlichen Anschauungsweise des täglichen Lebens zu entnehmen ist, die Bildung unserer Einheitsvorstellung ganz und gar davon losgelöst, ob das unserer Betrachtung unterstehende Tun von strafrechtlicher Bedeutung ist oder nicht. Die zur Bildung der Einheitsvorstellung verwendeten Kriterien dürfen diesfalls nicht in der strafrechtlichen Relevanz der zur Betrachtung stehenden Tätigkeit gesucht und gefunden werden.

Diese letztere Feststellung werden nicht so ohne weiteres die treffen können, die die Einheitsvorstellung des Handelns auf eine juristische Konstruktion zu gründen bestrebt sind. Vertreter dieser Meinung ist vor allen Dingen Honig [9]), der mit Erfolg darzutun sucht, daß auch das RG. die natürliche Betrachtungsweise nur als prima facie Einstellung benütze, im übrigen sich aber ebenfalls zu dem Gedanken einer juristisch bestimmten Handlungseinheit bekenne.

Eine eingehende Auseinandersetzung darüber, ob die juristische oder natürliche Auffassung des vom StGB. in den §§ 73 und 74 verwerteten Handlungsbegriffs die richtige ist, glauben wir uns ersparen zu können. Für die Frage, die wir hier zu beantworten haben, nämlich, ob die vom positiven Recht getroffene Unterscheidung zwischen einer und derselben Handlung und den mehreren selbständigen Handlungen in ihren von der lex lata gezogenen

---

[7]) Vgl. Lobe Einleitung zum Leipz. Komm. XIV, 4, S. 77.
[8]) RG. 34, 30 ff.
[9]) Vgl. insbes. Honig Studien z. j. u. n. H.

Konsequenzen gerechtfertigt ist oder nicht, spielt dieser Streit der Meinungen eine verhältnismäßig geringe Rolle. Wir werden beide Begriffe, den natürlichen und den juristischen auf diese Frage hin untersuchen.

§ 2.

Die Begründung der Einheitsvorstellung des Handelns nach der natürlichen Anschauung.

Mit der Feststellung, daß die natürliche Anschauung darüber zu entscheiden habe, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit im Einzelfall vorliegt, glaubt man zunächst eine einfache Lösung zur Unterscheidung der beiden Fälle gefunden zu haben. So einfach indes mit Rücksicht auf die typischen Fälle dieser Maßstab „natürliche Betrachtung" erscheint, so schwierig gestaltet sich seine Anlegung an die Grenzfälle. Wenn ein einziger Akt der Willensbetätigung einen einheitlichen Erfolg — mag dieser sich auch als Verletzung verschiedener Strafgesetze darstellen — nach sich zieht, z. B. durch einen einzigen Schuß ein Mensch getötet, ein anderer verletzt und eine Fensterscheibe beschädigt wird, ist an der Einheit der Handlung ein Zweifel wohl kaum möglich [10]). Die Schwierigkeit, das natürliche Tun in die Kategorie der Einheit hineinzustellen, beginnt erst da, wo wir es mit mehreren oder einer ganzen Reihe von Willensbetätigungsakten zu tun haben. Hier kann sich der Fall ergeben, daß ein Teil der Tätigkeitsakte unter das eine, ein Teil der Tätigkeitsakte unter ein anderes Strafgesetz fällt, und daß die einzelnen Tätigkeitsakte zeitlich voneinander getrennt sind. Die Kriterien, die uns auch in diesen Fällen mitunter eine Einheitsvorstellung vermitteln, herauszufinden, wird sich nicht als ganz einfach erweisen.

Wenn wir die auf Grund unserer natürlichen Anschauung gewonnenen Einheitsvorstellungen von einem bestimmten menschlichen Tun auf die Kriterien hin untersuchen, die uns befähigen von diesem Tun als von einer Einheit zu sprechen, dann gelangen wir zu verschiedenen Resultaten [11]). Das eine Mal wird sich nämlich die Vorstellung von der Einheitlichkeit des Handelns darauf gründen lassen, daß man die einzelnen Tätigkeitsakte in eine ge-

[10]) Anderer Ansicht nur B u r i S. 1 ff: Handlung ist Kausalität. Mehrere Erfolge verlangen mehrere Kausalitäten. Liegen mehrere Erfolge vor, so liegen auch mehrere Handlungen vor.

[11]) Vgl. im folgenden insbes. H ö p f n e r I, S. 209 ff.

wisse Beziehung zu einem bestimmten Erfolg setzt. In andern Fällen dagegen, wo uns die sinnliche Wahrnehmung genau ebenso die Vorstellung einer Handlungseinheit vermittelt, läßt sich jene Beziehungsmöglichkeit ebensowenig feststellen, wie es an einem einheitlichen Erfolge überhaupt fehlt. Bei der Betrachtung eines bestimmten Ausschnitts des menschlichen Tuns daraufhin, ob es in die Kategorie der Einheit oder der Mehrheit hineinzustellen ist, kann also erst dann die Entscheidung gefällt werden, dieses Handeln stelle sich als eine Mehrheit dar, wenn sowohl die Kriterien der Einheitsvorstellung, die sich auf die Beziehung der Tätigkeitsakte auf einen bestimmten Erfolg stützt, als die Kriterien der Einheitsvorstellung, die sich auf einen gewissen Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte untereinander stützt, verneint worden sind.

Die Tötung eines Menschen durch einen andern Menschen, die Erlegung eines Wildes durch den Jagdberechtigten stellen sich unserer natürlichen Betrachtung als Handlungseinheiten dar. Wenn wir, ausgehend von dieser Feststellung, die Frage uns vorlegen, welche einzelnen Tätigkeitsakte wir in diese Handlungseinheit einbeziehen, können wir zunächst in negativer Richtung herausschälen, daß wir jedenfalls diejenigen Akte nicht in unsere Einheitsvorstellung mit einbeziehen, die in keinerlei Beziehung zu dem Erfolg, von dem wir ausgehen, nämlich dem Tod des Menschen oder der Erlegung des Wildes stehen. Die Beziehung, in der die einzelnen Tätigkeitsakte, um zur Handlungseinheit gerechnet werden zu können, zu dem Erfolg der Tat stehen müssen, kann nun sowohl in objektiver wie in subjektiver Richtung gesucht werden.

Wachenfeld[12]) und Bünger[13]) sind es, die mit der Ansicht hervortreten, die Einheit einer Handlung richte sich lediglich nach objektiven Momenten. Nach Wachenfeld gehören die Akte zur Handlung, die in ihrer Gesamtheit den Erfolg herbeiführen. Bünger führt aus: „Dasjenige Handeln, durch welches ein einheitlicher Erfolg bedingt ist, ist einheitlich in Bezug auf diesen Erfolg."

Nach beiden soll also der Kausalzusammenhang Aufschluß geben über die Frage der Zugehörigkeit der einzelnen Tätigkeitsakte zu einer einheitlichen Handlung. Unserer Ansicht nach vermag jedoch die ursächliche Bedeutung der einzelnen Tätigkeitsakte allein die Vorstellung einer Handlungseinheit nicht durchweg zu erwecken. Einmal ist es ohne weiteres klar, daß der Handlungsbegriff des täglichen Lebens solche Akte nicht in sich begreift, die gar nicht auf menschliche Tätigkeit zurückzuführen sind. Wenn im

[12]) Theorie der Verbrechensk. S. 29.
[13]) a. a. O., S. 555.

Gewittersturm ein Baum umstürzt und einen Menschen oder ein Reh erschlägt, so sprechen wir nie und nimmer von einer Handlung. Ebensowenig aber tun wir dies, wenn zwar menschliche Bewegungen vorliegen, diese sich aber lediglich als Reflexe darstellen. Welchem unbefangen urteilenden Menschen wird es einfallen, hier von einer Handlung zu sprechen! Zum andern weist Höpfner[14]) nachdrücklich darauf hin, daß auch beim Vorliegen menschlicher Willensbetätigungsakte die kausale Tätigkeit allein ob ihrer Kausalität noch nicht zur Handlungseinheit zusammengefaßt werden könne. Ohne Zweifel gehört doch, wenn jemand in strafloser Absicht eine Höhlung in einen Damm gräbt und am nächsten Tag unter Benutzung derselben, diesmal aber in der Absicht, eine Überschwemmung herbeizuführen, den Damm durchsticht, das am ersten Tag Vorgenommene zu der Handlung der Durchstechung des Dammes vom Standpunkt unserer natürlichen Betrachtung aus nicht. Um so weniger werden die beiden Tätigkeitsakte in uns eine Einheitsvorstellung begründen, je größer der zwischen ihnen liegende Zeitraum ist. Wachenfeld dagegen sieht sich hier gezwungen, ohne Rücksicht auf die zwischenliegende Zeitspanne und trotz Mangels jeder subjektiven Beziehung der Einzelakte untereinander, Handlungseinheit anzunehmen, da sich die Kausalität beider Akte für den Erfolg der Überschwemmung nicht leugnen läßt.

Mag man also schon die Begründung der Einheitsvorstellung auf objektiver Seite suchen, so läßt sich diese jedenfalls nicht im Kausalzusammenhang finden.

Die Begründung der Einheitsvorstellung durch die Beziehung der Tätigkeit auf einen bestimmten Erfolg kann aber auch mit Hilfe eines subjektiven Moments versucht werden. Wenn in dem eben gebrauchten Beispiel der Täter schon am ersten Tag in der Absicht handelte, die Überschwemmung herbeizuführen, dann werden sich unserer natürlichen Anschauung nach die beiden Tätigkeitsakte als zusammengehörende Handlungsbestandteile darstellen. Das rechtfertigt den Schluß, daß das Kriterium, das wir suchen, jedenfalls ein subjektives Moment enthalten muß. Sehr weit in der Begründung der Einheitsvorstellung durch die subjektive Beziehung der Einzelakte auf einen bestimmten Erfolg gehen John[15]) und Hälschner[16]), nach denen über die Einheit des Handelns nur der Handelnde das Recht hat, zu entscheiden. Welche einzelnen Tätigkeitsakte zu einer Einheit zusammenzufassen sind, soll sich nach der Absicht des Handelnden richten. Die

---

[14]) a. a. O. I, S. 211.
[15]) S. 129.
[16]) Das gemeine deutsche Strafrecht, S. 655.

Anzahl der Absichten bedeutet demnach auch die Anzahl der Handlungen. Indes entspricht dieses Kriterium nicht unseren außerstrafrechtlichen Anschauungen von Handlungseinheit. Das RG.[17]) bemerkt hierzu mit Recht: Es kann nicht bloß von der subjektiven Willkür des Handelnden abhängen, mehrere, wenn auch in einem gewissen Zusammenhang stehende, immerhin sukzessiv sich vollziehende Rechtsverletzungen in eine zusammenzufassen. Die natürliche Betrachtungsweise des täglichen Lebens folgt den subjektiven Überlegungen des Täters nicht schlechtweg überall hin. In der Tat wäre auch absolut kein vernünftiger Grund zu erfinden, der den Gesetzgeber veranlaßt haben könnte, eine Unterscheidung in der von John und Hälschner behaupteten Richtung zu ziehen. Wie einfach müßte es für den erfahrenen Verbrecher sein, bei der Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit der Nachweisung subjektiver Vorstellungen in der Täterpsyche, die Vorteile dieser Unterscheidung für sich in Anspruch zu nehmen.

Wenn es demnach auch nicht richtig erscheint, die Entscheidung, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit, dem Willen des Täters zu überlassen, so bilden doch andererseits die subjektiven Beziehungen, durch die der Täter die einzelnen Akte seiner äußeren Tätigkeit in seiner Vorstellung mit dem Erfolg verbindet, den Schlüssel zu unserer Einheitsvorstellung. Es fragt sich hier nur, wie weit wir dem Delinquenten in seinen subjektiven Anschauungen von der Zusammengehörigkeit einzelner Tätigkeitsakte zu einheitlicher Handlung folgen. Um ein von Höpfner[18]) gebildetes Beispiel zu gebrauchen: Gesetzt, es wünscht jemand einen Verwandten zu beerben, es stehen ihm aber zwei nähere Erbberechtigte im Wege, er faßt deshalb die Absicht, sich das nächste Intestaterbrecht zu verschaffen, und hieraus geht dann bezüglich jedes derselben die Absicht, denselben zu ermorden hervor, so ergibt sich, daß in der gesamten Ausführungstätigkeit nur eine Handlung zu finden ist, wenn man auf die Absicht, sich das nächste Erbrecht zu verschaffen, sieht, indem dann zu der in ihrer Ausführung bestehenden Handlung (der Verschaffung des nächsten Erbrechts) sowohl die Ermordung des einen als die des andern näheren Verwandten zu rechnen ist, daß hingegen, wenn man auf die beiden spezielleren Tötungsabsichten sieht, in dem gesamten Tun zwei Handlungen zu finden sind. Ganz genau ebenso ist natürlich die Sachlage in Fällen, die jeglicher strafrechtlicher Relevanz entkleidet sind. Man denke sich den Fall: Der Jagdberechtigte will seiner Ehefrau zu deren Geburtstag einen Hasenbraten verschaffen. Die Zahl der geladenen Gäste verlangt die

[17]) RG. 7, 61.
[18]) a. a. O. S. 219 f.

Zurichtung zweier Hasen. Wenn es nun dem Jagdberechtigten nur gelingt, einen Hasen auf der Jagd zu erlegen, und er den andern erforderlichen Hasen in der Wildbrethandlung erstehen muß, so werden wir nicht um jener Schenkungsabsicht willen, die dem Beobachter der Erlegung des einen Hasen und des Kaufs des andern Hasen vielleicht gar nicht offenbar geworden ist, die Akte der Erlegung des ersten Hasen und des Ankaufs des zweiten Hasen als eine einzige einheitliche Handlung betrachten.

Das RG. hat sich in vielfachen Ausführungen dagegen gewandt, die Einheit des verbrecherischen Entschlusses zur Rechtfertigung der Annahme einer einheitlichen, aus mehreren Akten bestehenden Handlung zu gebrauchen [19]). Wenn man damit einig geht, wird man in dem Höpfner'schen Beispiel, unbekümmert um den vom Täter erstrebten Zweck, da eine Cäsur in dessen Tätigkeit eintreten lassen, wo der Täter unsere Interessen durch ein in sich geschlossenes Tätigwerden verletzt hat. Denn der natürlichen Betrachtungsweise kommt es nicht auf den Erfolg an, der dem Täter der wichtigste ist, sondern lediglich auf den, der den natürlichen Betrachter selbst am meisten interessiert [20]). Wir werden also — auch wenn wir die Absicht des Täters, sich das nächste Intestaterbrecht zu verschaffen, kennen — den Tod des einen der beiden mit dem Erblasser näher verwandten Erben als einen uns interessierenden Erfolg ansehen und den Tod des andern als selbständigen Erfolg betrachten (es sei denn, daß uns eine Einheitsvorstellung durch Kriterien, die erst einer späteren Untersuchung unterzogen werden sollen, doch vermittelt wird). Das gesamte Tätigwerden zerfällt demnach in zwei Handlungen, die jeweils sämtliche Tätigkeitsakte mit umschließen, die jene erwähnte subjektive Beziehung zu dem Tod des Getöteten aufweisen. Wenn wir demnach der Absicht, ein Bösewicht zu werden, keinesfalls Beachtung schenken, auch wenn sie sich darstellt, als ein im voraus gefaßter Plan zu bestimmten Zeiten, an bestimmten Orten, bestimmte Straftaten zu begehen, sondern von uns aus in dem verbrecherischen Verhalten Cäsuren machen, wo die Verwirklichung des verbrecherischen Plans in unsere Interessen eingreift, so fragt sich nur noch, wann letzteres der Fall ist. Das läßt sich nun keineswegs allgemein sagen, wann ein Ergebnis des verbrecherischen Tätigwerdens uns in dem Maße interessiert, daß wir um seinetwillen die Einheit des verbrecherischen Plans in verschiedene Handlungen aufteilen. Häufig wird es der Fall sein, daß der uns interessierende Erfolg sich deckt mit dem Erfolg, auf dessen Verhütung die Strafdrohung

---

[19]) RG. in Goltd. A. 44, 261 ff; 50 ff.
[20]) Höpfner a. a. O., S. 220.

des gesetzlichen Tatbestands ausgeht. Die legislative Technik geht ja auch dahin, das verbrecherische Handeln in Tatbestände zu zerlegen, die unser Sonderinteresse erregen. Als Mitglieder der menschlichen Gesellschaft nehmen wir auch an der Verletzung fremder Interessensphären teil und so wird jede unberechtigte Verletzung einer Interessensphäre im allgemeinen in uns eine Einheitsvorstellung aufkommen lassen. Man darf aus dieser Erkenntnis aber keineswegs schließen, daß die Einheit der Handlung mit der Einheit der verletzten Norm korrelat sein müsse [21]). An sich hat die Bildung einer Einheitsvorstellung nichts mit der Normwidrigkeit der zur Betrachtung stehenden Tätigkeit zu tun. Die Erlegung des Hasen in unserem obigen Beispiel betrachten wir als eine Handlung, gleichviel, ob sie vom Jagdberechtigten oder von einem Wilderer vorgenommen wird. Ebenso würde sich ein Raubüberfall unserer natürlichen Auffassung auch dann als eine Einheit darstellen, wenn er im Strafgesetzbuch nicht Ausdruck in einem Mischtatbestand gefunden hätte. Es braucht sich also die Tatbestandsverwirklichung und der uns interessierende Erfolg keineswegs zu decken.

Auf diesem Punkte angekommen, müssen wir uns zu einem Geständnis bequemen: Eine allgemeine Regel, wann unsere natürliche Betrachtungsweise uns beim Vorliegen einer durch subjektive Beziehung der Tätigkeit auf einen bestimmten Erfolg zusammengehaltenen Handlung eine Einheitsvorstellung vermittelt, können wir nicht aufstellen, weil es von der Gestaltung des Falles und wesentlich auch von der Einstellung des Einzelnen abhängt, welches Ergebnis des verbrecherischen Verhaltens ihn in dem Maße interessiert, daß er die besprochene Cäsur vornimmt. Die natürliche Betrachtung ist eben kein Maßstab, der einer genauen „objektiven Zergliederung" zugänglich ist.

Nicht alle Tätigkeitsakte, die jene subjektive Beziehung zum Erfolg aufweisen, beziehen wir indes in unsere Einheitsvorstellung ein. Wenn der mehrfach erwähnte Jagdberechtigte sich zwecks Erlegung des Hasen erst eine Büchse anschaffen muß, so steht es außer Zweifel, daß die Ankaufstätigkeit in einer gewissen subjektiven Beziehung zu dem Erfolg der Erlegung des Hasen steht. Ebenso klar ist es auch, daß wir den Ankauf der Büchse in unsere Einheitsvorstellung nicht mit einbeziehen. Eine Abgrenzung, welche Tätigkeitsakte mit der erforderlichen subjektiven Beziehung auf den Erfolg wir in unsere Einheitsvorstellungen ein-

---

[21]) Als das Ende der Handlung kommt nicht der bei rechtlicher Beurteilung sich ergebende Zeitpunkt der Konsumtion des Delikts, sondern der in die äußere Erscheinung tretende Abschluß der natürlichen Handlungseinheit in Betracht. So RG. 32, 139.

beziehen, läßt sich am besten in negativer Richtung ziehen. In unsere Einheitsvorstellung beziehen wir jene Akte nicht ein, die sich gemeinhin als Vorbereitungshandlungen darstellen. Obwohl zwischen Vorbereitungshandlung und Ausführungshandlung meist der nahe psychische Zusammenhang von Mittel und Zweck besteht, macht die natürliche Betrachtung auch hier eine Cäsur. Die Schwierigkeiten, die sich bei dieser Abgrenzung ergeben, haben in der Wissenschaft verschiedene Beantwortung erfahren. Während die subjektive Ansicht [22]) die Cäsur da zieht, wo der Täter mit der festen Absicht der Verwirklichung seiner Tat beginnt, grenzt die objektive Theorie, deren gewichtigster Vertreter das Reichsgericht ist, dahin ab, daß die Ausführungshandlung in der auf die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals gerichteten Tätigkeit zu finden sei [23]). Eine eingehendere Stellungnahme zu diesen Ansichten über die Abgrenzung der Vorbereitungshandlung von der Ausführungstätigkeit kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit unterbleiben. Eine absolute Abgrenzung der Vorbereitung und der Ausführung wird sich keinesfalls finden lassen [24]). Auch hier zeigt sich wieder, daß sich Praxis und Doktrin auf keinem Gebiete unsicherer bewegen als in der Frage nach der Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit.

Fragt sich nur noch, worin jene subjektive Beziehung der Tätigkeitsakte auf einen bestimmten Erfolg, die in uns die Vorstellung einer Handlungseinheit begründen soll, zu suchen ist. Daß die Absicht als der vom Täter erstrebte Erfolg nicht in Frage kommt, ist bereits erläutert. Wenn Wachenfeld [25]) das subjektive Moment indes von vornherein ablehnt, weil die subjektive Theorie bei fahrlässigen Verbrechen versage, so verkennt er, daß die Absicht (als der vom Täter erstrebte Erfolg) nicht das einzige subjektive Moment ist, das hier in Betracht kommt. Höpfner [26]) spricht davon, daß auch die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit in Betracht zu ziehen seien. Tätigkeit könne entfaltet werden nicht bloß in der Absicht, ein Ereignis A herbeizuführen, sondern auch (während die Absicht auf B geht) mit der Vorstellung, daß durch die Tätigkeit ein Ereignis A mit größerer oder geringerer Wahr-

---

[22]) Vgl. insbes. Redslob, Versuch und Vorbereitung S. 152.

[23]) Vgl. insbes. Frank, § 43 II 2 u. RG. 9, 84.

[24]) Ausschlaggebende Bedeutung wird wohl der Kontinuität der Tätigkeitsakte zukommen. So ist z. B. das Ergreifen des Revolvers sicherlich nur Vorbereitungshandlung wenn der Täter sich mit demselben erst an Ort und Stelle begeben muß; reißt er ihn aber von der Wand, um jemanden auf der Stelle niederzuschießen, so wird darin wohl ein Anfang der Ausführung erblickt werden müssen. Vgl. Höpfner I, S. 216, Anm. 8.

[25]) a. a. O. S. 28.

[26]) a. a.O. S. 213.

scheinlichkeit herbeigeführt werde. Allein Höpfner, dessen Ausführungen sonst im allgemeinen von großer Klarheit getragen sind, begeht hiebei einen Denkfehler. Bemüht, die Kriterien der Handlungseinheit vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung des täglichen Lebens aus festzustellen, bedient er sich plötzlich juristisch-technischer Begriffe wie Vorsatz und Fahrlässigkeit. Der Einwand, die Verwendung der Begriffe sei bei Höpfner keine juristisch-technische, versagt, wenn man seinen Ausführungen weiter folgt. Er verlangt nämlich, daß das die Handlungseinheit bildende Handeln schuldhaft sein müsse.

Es ist oben bereits wiederholt festgestellt worden, daß die natürliche Betrachtungsweise die Bildung ihrer Einheitsvorstellung nicht von der strafrechtlichen Relevanz des Tuns abhängig mache. Das bei der Bildung der Einheitsvorstellung verwendete subjektive Moment kann also auch nicht mit Hilfe juristisch-technischer Begriffe bestimmt werden. Man wird also den strafrechtlichen Begriffen „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" die Kriterien nehmen müssen, die eben mit der Verbrechenseigenschaft der „vorsätzlichen" bzw. „fahrlässigen" Handlungen zusammenhängen. Vorsatz in diesem weiteren Sinne wird also sein: der auf die Verwirklichung eines den außenstehenden Beobachter berührenden und interessierenden Erfolges gerichtete Wille bzw. entsprechend der Vorstellungstheorie: der Handlungswille bei Vorstellung von Tatumständen, die uns in dem Maße interessieren, daß wir nach getätigtem Willen von einem Erfolge sprechen.

Den auf Grund dieser subjektiven Beziehung der Tätigkeitsakte auf den Erfolg gewonnenen Handlungsbegriff werden wir als der natürlichen Anschauung des täglichen Lebens entsprechend anerkennen müssen. Befriedigt sind wir um deswillen von dem Resultat unserer Untersuchungen nicht, weil wir erkennen müssen, daß die gewonnenen Kriterien eine scharfe Unterscheidungsmöglichkeit zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit nicht bieten, und daß es letztlich in vielen Fällen der Intuition des Einzelnen überlassen bleibt, ob er Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit für vorliegend erachten will.

Andererseits finden wir die gewonnenen Kriterien nicht in allen den Fällen, in denen uns die natürliche Anschauung die Vorstellung einer Handlungseinheit vermittelt. Man denke sich Fälle wie folgende: Ein Dieb bricht in der Absicht, die Ladenkasse zu plündern, in ein Warenhaus ein. Nachdem er die Kasse geleert hat, entdeckt er in der Lebensmittelabteilung Speisen, über die er sich hermacht und hilft schließlich noch seiner mangelhaften Garderobe dadurch auf, daß er in der Konfektionsabteilung seine Kleider wechselt. Obwohl seine Absicht sich ursprünglich nur auf die

Plünderung der Ladenkasse richtete und er zum Diebstahl der Lebensmittel und Kleider erst durch Gelegenheit und Anblick angereizt und bestimmt wurde, stellt sich seine ganze Tätigkeit der natürlichen Betrachtung als e i n Einbruchsdiebstahl, als eine einheitliche Handlung dar[27]). Wie hier von der Einheit der Absicht keine Rede sein kann, da die verwirklichten Absichten sukzessive gefaßt und verwirklicht wurden, ebenso wenig kann von einem einheitlichen Vorsatz (im obigen weiteren Sinn) gesprochen werden. Der auf die Verwirklichung einer Mehrheit von Erfolgen gerichtete Wille bzw. die Vorstellung der Kausalität des Handelns für eine Mehrheit von Erfolgen bedingt auch eine Mehrheit von Vorsätzen und zwar gilt dies gleichviel, ob der Täter von vorneherein den Plan gefaßt hatte zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten bestimmte Straftaten zu begehen oder ob er seine Entschließungen sukzessive faßte.

Das RG.[28]) ist gerade bezüglich des Diebstahlvorsatzes anderer Ansicht. Es hält die Konkretisierung der Vorstellung auf bestimmte Diebstahlsobjekte überhaupt für unwesentlich. Es kann sich der nämliche Vorsatz während der Ausführung nach der Seite der Objekte hin verengern oder erweitern. Diese vom RG. apodiktisch aufgestellte Ansicht entbehrt jedoch der inneren Begründung. Wenn auch zugegeben werden muß, daß der Vorsatz, eine bestimmte Sache zu stehlen, dem Begriff des generellen Diebstahlsvorsatzes logisch untergeordnet ist, so interessiert doch diese logische Unterordnung in diesem Zusammenhange nicht, weil uns der generelle Diebstahlsvorsatz ebenso uninteressant ist wie der Vorsatz, ein Bösewicht zu werden. Wesentlich ist hier nur, ob die einzelnen Tätigkeitsakte von demselben Vorsatz (in dem oben festgestellten weiteren Sinn) oder von verschiedenen Vorsätzen beherrscht sind. Wenn uns aber trotz offensichtlicher Mehrheit der Vorsätze der Einbruch in das Warenhaus sich als einheitliche Handlung darstellt, dann bleibt daraus nur der Schluß, daß die subjektive Beziehung der einzelnen Tätigkeitsakte auf einen bestimmten Erfolg nicht als unerläßliche Voraussetzung der Begründung einer Einheitsvorstellung angesprochen werden darf. Es läßt sich also wohl der Satz aufstellen, daß da, wo jene subjektive Beziehung (der Vorsatz im weiteren Sinn) die Tätigkeitsakte mit dem Erfolg verbindet, Handlungseinheit vorliegt, nicht aber läßt

---

[27]) RG. 14, 314: Wer in der Absicht, Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Wert oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche zu entwenden, ein Behältnis erbricht, demnächst aber infolge eines nach dem Erbrechen gefaßten neuen Entschlusses andere Sachen aus diesem Behältnis stiehlt, begeht nur eine Tat ....

[28]) RG. 14, 313 ff.

sich der umgekehrte Schluß ziehen, daß Handlungseinheit da nicht vorliegen könne, wo jene subjektive Beziehung nicht gegeben ist.

Die Begründung der Einheitsvorstellung auf nicht subjektivem Wege ist von einigen, so von Wachenfeld[29]), Liszt[30]) dadurch versucht worden, daß sie über die Einheit der Handlung die Einheit des Erfolges entscheiden lassen wollen[31]). Indes haben wir schon oben (Beispiel der Dammdurchstechung) dargetan, daß der einheitliche Erfolg an sich nicht geeignet ist, in unserer natürlichen Anschauung die Vorstellung einer Einheit der gesamten zum Erfolg führenden Tätigkeit zu erwecken. Das Beispiel hat uns mit hinreichender Deutlichkeit gezeigt, daß die kausalen Einzelakte allein ob ihrer Kausalität noch nicht zu einheitlicher Handlung zusammengefaßt werden.

Die Ansicht, daß die Einheit des Schlußerfolgs über das Vorliegen einer Handlungseinheit im Sinne des § 73 StGB. entscheiden solle, ist aber auch insofern höchst unbrauchbar, als sich die Grenzlinien eines einheitlichen Schlußerfolgs, wenn man gar zu seiner Feststellung jenes subjektiven Moments, das wir oben herausgeschält haben, entbehrt, sich nicht ziehen lassen werden. Wenn Liszt behauptet, es sei zweifellos nur eine Sachbeschädigung, wenn eine Maschine durch langwierige, vielleicht wiederholt unterbrochene Arbeit in ihre Teile zerlegt und unbrauchbar gemacht wird, so ist das in dieser Allgemeinheit sicherlich unrichtig. Mit Recht hat man dem entgegengehalten, daß doch mehrere Personen, vielleicht unabhängig voneinander, oder auch ein Naturereignis bei der Beschädigung der Maschine beteiligt sein könne, und es dann doch unmöglich angehe, die Gesamtheit der für den endgültigen Zustand der Maschine ursächlichen Faktoren in eine Handlung zusammenzufassen. Der zweite Einwand, der der von uns als fälschlich bezeichneten Ansicht entgegengehalten wird, ist noch ungleich gewichtiger. Ohne Zweifel liegt doch schon in dem ersten auf die Zerstörung der Maschine gerichteten Tätigkeitsakt, wenn eine weitere Einwirkung auf die Maschine nicht mehr vorgenommen wird, eine vollendete Sachbeschädigung vor, wenn wir den Zustand der Maschine nach der Einwirkung mit dem vor der Einwirkung vergleichen. Ebenso stellt sich jede weitere Einwirkung, wenn wir diesen Vergleich ziehen, an sich betrachtet als erneute Beschädigung dar. Wenn die natürliche Anschauung indes mitunter auf diese mikroskopische Betrachtungsweise verzichtet, so

---

[29]) Theorie der Verbrechenskonkurrenz, S. 112 ff.
[30]) Lehrbuch § 54 III 2.
[31]) Dies gilt allerdings nur für den Fall des Vorliegens mehrerer Tätigkeitsakte. Bei einheitlicher Willensbetätigung soll Handlungseinheit vorliegen trotz Mehrheit der Erfolge. Liszt § 54, III.

ist damit noch lange nicht gesagt, daß in allen Fällen der Zustand der Maschine nach der letzten Einwirkung des Schadensstifters verglichen mit dem Zustand der Maschine vor der schädigenden Einwirkung unser Interesse errege. Wenn sich zwischen die einzelnen Tätigkeitsakte eine Frist von entsprechender Dauer einschiebt, dann wird auch der Zwischenerfolg, der sich v o r der unterbrechenden Frist ergeben hat, unser Interesse erregen und werden uns die auf den Zwischenerfolg verwendeten Tätigkeitsakte als selbständige Handlung erscheinen gegenüber denjenigen Tätigkeitsakten, die vom Zwischenerfolg zum Enderfolg führen. Darauf, ob die einzelnen Tätigkeitsakte bemerkt worden sind oder nicht, kommt es selbstverständlich nicht an. Der Augenzeuge wird von „einer" Prügelei auch dann sprechen, wenn sich die Streitenden mitunter Atempausen gönnen.

Man wird also dem Zwischenerfolg gegenüber dem Enderfolg selbständige Bedeutung zuerkennen in folgendem Fall: Ein Arbeiter ist vom Arbeitgeber beauftragt, eine (zerstörende) Veränderung an einer Maschine vorzunehmen. Nach Herbeiführung des Zwischenerfolgs schlägt er in plötzlich aufbrausender Wut mit dem Hammer auf die Maschine ein und beschädigt sie weit über das ihm aufgetragene Maß hinaus. Wer wagte es hier, trotz des unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs der Tätigkeitsakte, von einer Handlungseinheit zu reden?

Man hat die Unmöglichkeit mehrere Tätigkeitsakte durch die „Einheit des Erfolgs" zu einer einheitlichen Handlung zusammenzufassen dadurch zu beheben gesucht, daß man über die Einheit des Erfolgs die vom Gesetzgeber geschaffenen Tatbestände entscheiden lassen wollte. Diese sollten darüber aussagen, welche Veränderung in der Außenwelt als abgeschlossener Erfolg gelten soll und welche Tätigkeitsakte wegen der Einheitlichkeit des Schlußerfolgs zu einer Einheit zusammenzufassen seien [32]). Dieses Zurückgehen auf die gesetzlichen Tatbestände vermag aber nicht weiter zu bringen. Lediglich einige Paragraphen des StGB., so z. B. § 176 geben einen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber nicht schon jeden einzelnen Tätigkeitsakt als selbständiges Verbrechen bzw. selbständige Handlung angesprochen wissen will. Im übrigen aber läßt der Gesetzgeber bei der Frage, was er als einen einheitlichen Erfolg angesehen haben will, völlig im Stich [33]).

Die Ansicht, daß die Einheit des Schlußerfolgs an sich schon trotz Mehrheit der Willensbetätigung Handlungseinheit zu begrün-

---

[32]) L i s z t § 54 III d.

[33]) Eine eingehende Befassung mit dieser Frage würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen (vgl. hiezu H ö p f n e r I, S. 230).

den geneigt sei, widerläuft aber unserer natürlichen Anschauung von Handlungseinheit um so mehr, als im Zusammenhang mit dieser Ansicht meist gelehrt wird, daß die Frage der Erfolgseinheit bzw. -Mehrheit nach der Art der verletzten Rechtsgüter verschieden zu beurteilen sei. Liszt a. a. O. unterscheidet diesbezüglich 3 Fälle.

Bei den Rechtsgütern, die nur in der Person ihrer Träger verletzt werden können (wie Leben, Ehre, Freiheit, geschlechtliche Unversehrtheit) soll die Einzahl oder Mehrzahl der angegriffenen Personen über die Einheit oder Mehrheit des Erfolges entscheiden. Ist schon unerfindlich, warum beim Vorliegen mehrerer Willensbetätigungsakte der einheitliche Schlußerfolg über die Einheit der Handlung entscheiden soll, während beim Vorliegen nur eines Tätigkeitsaktes die Einzahl oder Mehrzahl der Erfolge keine Rolle spielen, so verdient diese Ansicht erst recht den Vorwurf der Inkonsequenz, wenn sie bezüglich der Vermögensrechte nicht darauf abstellt, ob die weggenommenen oder beschädigten Sachen verschiedenen Eigentümern gehören. Hier soll vielmehr die Einheit des Gewahrsams über die Einheit des Erfolgs entscheiden, wobei es nicht darauf ankommt, ob die gestohlenen Sachen verschiedenen Eigentümern gehören. Der Kreis des einheitlichen Rechtsguts wird also sehr verschieden gezogen: „Bald füllt ihn eine scharf ausgeprägte Individualität, bald eine unzählbare Masse fungibler Gegenstände“ [34]). Während Objekt der Tötung speziell e i n Leben und nicht d a s Leben ist, soll Gegenstand der Unterschlagung und des Diebstahls ganz generell d a s fremde Eigentum sein.

Bezüglich der Urheberrechte will Liszt dann ebenfalls nicht ohne weiteres die Personenzahl der Verletzten entscheiden lassen über die Einheit oder Mehrheit der erzielten Schlußerfolge. Hier soll es darauf ankommen, ob die verletzten Rechte eine äußerliche Zusammenfassung etwa in einem Sammelwerke gefunden haben. Diesfalls läge nach seiner Ansicht nur ein einheitlicher Schlußerfolg vor.

Es ist hier kein Raum, sich mit der Ansicht [35]), daß die Frage nach der Einheit des Schlußerfolgs sich je nach der Art des verletzten Rechtsguts verschieden beantworte, im einzelnen auseinanderzusetzen. Lediglich folgendes soll bemerkt werden: Es kann bei der Forschung nach den Kriterien, die die Vorstellung einer Handlungseinheit in uns begründen, auf den Begriff des Rechtsguts überhaupt nicht ankommen. Der von uns zu gewinnende Handlungsbegriff soll sich ja gerade losgelöst von jeglicher rechtlicher Beziehung allein aus der natürlichen Betrachtung ergeben.

---

[34]) B i n d i n g, Handbuch I, S. 532.
[35]) Ebenso das RG.

Wir sind daher gezwungen, weiterhin nach den Kriterien der Handlungseinheit zu suchen für die Fälle, wo jene subjektive Beziehung, die wir oben festgestellt haben, trotz einer der natürlichen Betrachtungsweise sich darbietenden Handlungseinheit nicht festgestellt werden kann. Was uns in diesen Fällen — der Zerstörung einer Maschine durch langwierige Zerlegung in ihre einzelnen Teile oder einer Prügelei mit zeitweiligen Atempausen — auffällt, ist zunächst eine gewisse Kontinuität der einzelnen Tätigkeitsakte. Diese Kontinuität darf nun nicht dahin verstanden werden, daß erforderlich sei eine ununterbrochene Reihe von einzelnen Tätigkeitsakten, die in unmittelbarer zeitlicher Folge zusammenhängen. Es können sich vielmehr im Einzelfall zwischen die einzelnen, die einheitliche Handlung ausmachenden Tätigkeitsakte je nach den Umständen Pausen von geringerer oder größerer Ausdehnung einschieben, in denen eine zur Handlungseinheit gehörige Tätigkeit nicht vorgenommen wird oder sich sogar andere handlungsfremde Tätigkeitsakte einschieben. Darüber aber, wann die Kontinuität der Einzelakte gewahrt ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. So wird sich der sinnlichen Anschauung eine von gelegentlichen Atempausen unterbrochene Prügelei als Einheit darstellen. Wenn dagegen die Kampfhähne getrennt wurden und erst anläßlich einer erneuten Begegnung in einem andern Wirtshaus ihrer Streitlust wieder realen Ausdruck geben, dann wird der unbeteiligte Beobachter das Urteil abgeben, A und B hätten sich zweimal gegenseitig verprügelt. In dem Falle, daß die Tätigkeitsakte in einem des öftern wiederholten Zigarrendiebstahl eines Bedienten an seinem Herrn bestehen, sprechen wir von einer Handlung auch dann, wenn der Bediente nur jeden Tag eine Zigarre sich nimmt und unsere Einheitsvorstellung wird auch dadurch nicht unterbrochen, daß die Pause zwischen den einzelnen Tätigkeitsakten mitunter vergrößert wird, weil der Bediente keine Gelegenheit findet, an dem einen oder andern Tage seinem Laster zu frönen. Hier wird unsere Einheitsvorstellung erst dadurch unterbrochen, daß die Pause sich über einen längeren Zeitraum hin erstreckt — oder auch dadurch, daß der Bediente seine Stellung wechselt und seinen neuen Herrn ebenfalls bestiehlt.

Mit der Feststellung, daß den Fällen der eben genannten Art, in denen für die sinnliche Anschauung Handlungseinheit vorliegt, eine gewisse zeitliche Kontinuität, die allerdings nur im Einzelfall bestimmt werden kann, eigen ist, haben wir das Kriterium, das in uns die Einheitsvorstellung begründet, noch nicht ganz gefunden. Vermag doch selbst die Gleichzeitigkeit verschiedener Tätigkeitsakte in uns nicht unbedingt die Vorstellung einer Handlungseinheit zu er-

wecken [36]), um wieviel weniger dann eine auch noch so nahe zeitliche Folge. Das Moment, das den oben angeführten Fällen innewohnt und den in Anmerkung 36 dargestellten abgeht, läßt sich finden in einem gewissen psychischen Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte [37]). Dieser psychische Zusammenhang liegt in der einheitlichen Motivation der mehreren Tätigkeitsakte. Im Falle der von gelegentlichen Atempausen unterbrochenen Prügelei, ist es der fortdauernde Anblick des Gegners oder ein fortdauernder Angriff oder Beschimpfung von dessen Seiten, die den Täter immer wieder erneut zu Schlägen anreizen. Im Falle des täglichen Zigarrendiebstahls des Bedienten läßt sich das psychische Moment ebenfalls finden in dem durch dieselbe Gelegenheit fortdauernden Anreiz zum Diebstahl.

Ebenso wenig wie die Begründung der Einheitsvorstellung durch die subjektive Beziehung der Tätigkeitsakte auf einen bestimmten Erfolg vermag indes die Begründung der Einheitsvorstellung einer Handlung durch nahen zeitlichen und psychischen Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte eine scharfe Abgrenzung der Konkurrenzformen in den Grenzfällen zu ermöglichen.

Ein Punkt ist hier noch zur Sprache zu bringen, der sich nach dem Dargelegten eigentlich von selbst versteht, von Literatur und Judikatur indessen anders angesehen wird. Für die Bildung unserer Einheitsvorstellung durch zeitlichen und psychischen nahen Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte ist es ohne Belang, ob diese mehreren Tätigkeitsakte Gleichartigkeit aufweisen oder ob sie in sachlicher oder rechtlicher Hinsicht differieren. Unsere natürliche Anschauung scheut nicht davor, sich eine Einheitsvorstellung zu bilden, wenn der Täter in wachsendem Zorn seine Beschimpfungen allmählich steigert, schließlich zu Tätlichkeiten übergeht und endlich gar seinen Widersacher erschlägt. Das RG. [38]) hat in einem ganz ähnlich liegenden Falle, in dem der Angeklagte, nachdem er vom Schutzmann G. verhaftet worden war,

a) diesen Schutzmann durch die Worte „dummer Junge‘ beschimpfte,

b) „ferner“ die ihn eskortierenden Beamten Lump, Spitzbuben, Räuber geschimpft,

---

[36]) Der Täter bedient sich gleichzeitig zweier Schußwaffen; verletzt mit der einen einen Menschen und beschädigt mit der anderen eine Fensterscheibe oder der mit der Lenkung seines Kraftfahrzeugs beschäftigte Kraftwagenführer unterhält sich gleichzeitig mit seinem Fahrgast. Im letzteren Fall z. B. trennen wir scharf die Handlung: Lenkung des Kraftwagens und die Handlung: Unterhaltung.

[37]) Höpfner I, § 16 I, S. 231.

[38]) RG. 10, 53.

c) nachdem ihm Handschellen angelegt waren, mit den Armen um sich geschlagen und sich widersetzt hat,

eine Mehrheit von Handlungen angenommen. Und zwar wird dies neben der Verschiedenheit der angegriffenen Rechtsgüter daraus erklärt, daß hier an Stelle — zur Annahme von Idealkonkurrenz erforderlicher — qualitativer Identität der Einzelakte, mehrere zeitlich und qualitativ gesonderte Akte vorliegen. Es genügt also nach RG. nicht ein Zusammenhang in naher zeitlicher und psychischer Hinsicht, sondern es ist außerdem erforderlich, eine qualitative Identität der mehreren Einzelakte. Daß dieses Kriterium der Gleichartigkeit der mehreren Einzelakte unserer natürlichen Betrachtungsweise nicht entspricht, zeigen gerade die angezogenen Beispiele. Die natürliche Anschauung verlangt zur Bildung einer Einheitsvorstellung Gleichartigkeit der Einzelakte nicht.

§ 3.

Die juristische Handlungseinheit.

Bevor wir dazu übergehen auf Grund unseres im vorigen Paragraphen gewonnenen natürlichen Handlungsbegriffs das positive Recht dahingehend zu prüfen, ob es die Regelung des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen durch eine einheitliche Handlung oder durch mehrere selbständige Handlungen der Natur der Sache entsprechend getroffen hat, soll auf die Ansicht eingegangen werden, Handlung im Sinne der §§ 73 und 74 StGB. sei kein der natürlichen Anschauung, sondern der juristischen Fiktion zu entnehmender Begriff.

Die Judikatur des RG. mag uns die Anschauung des Handlungsbegriffs der §§ 73 ff. StGB. als eines juristisch-technischen vergegenwärtigen.

Seinen Ausgangspunkt nimmt das RG. zwar ebenfalls von der natürlichen Betrachtungsweise des täglichen Lebens. Ob „durch eine und dieselbe Handlung oder durch verschiedene selbständige Handlungen" mehrere Strafgesetze verletzt sind, entscheidet allein die Identität der Handlung, d. h. in erster Linie die Einheit des natürlichen Tuns und Lassens, der körperlichen Tätigkeit und des sie leitenden Willens, und diese natürliche Handlungsidentität wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß bei Betrachtung derselben von rechtlichen Gesichtspunkten aus sich Eingriffe in verschiedene Rechtsgüter als begangen darstellen [39]). An anderer Stelle [40]) führt

[39]) RG. 32, 138.
[40]) RG. 44, 30 f.

das RG. aus: Über die Frage, ob im Sinne des § 73 StGB. „eine und dieselbe Handlung" vorliegt, durch die mehrere Strafgesetze verletzt werden, entscheidet in erster Linie die Einheit des natürlichen Tuns und Lassens, d. h. es kommt darauf an, ob sich das Handeln in diesem Sinne der natürlichen Betrachtung als eine Handlungseinheit darstellt [41]). Auch jüngere Entscheidungen [42]) haben die Anschauung des täglichen Lebens von Handlungseinheit über die Annahme tateinheitlichen Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen entscheidend sein lassen.

Aber die Anschauung der Handlungseinheit als eines der natürlichen Betrachtung entnommenen Begriffes ist nur eine scheinbare. Abgesehen von ganz wenigen stereotypen Fällen [43]), bei denen sich das RG. wirklich und wahrhaftig bemüht, die Kriterien der natürlichen Handlungseinheit aufzudecken, macht es das Vorliegen einer Handlungseinheit von einem Kriterium abhängig, das ganz offensichtlich nicht der Betrachtungsweise des täglichen Lebens entnommen ist [44]). Wenn dem aber so ist — und das soll im folgenden dargetan werden —, dann kann das auf Grund dieses Kriteriums gewonnene Ergebnis keinesfalls eine Handlungseinheit nach der natürlichen Anschauung sein.

Neben der Einheit auf der Willensseite und der objektiven Geschlossenheit der Willensbetätigungsakte soll nämlich die Annahme von Handlungseinheit nach weitaus überwiegender Judikatur ferner erfordern, daß die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestands beider Delikte mitwirkt [45]).

Dieser Satz, den das RG. in zahlreichen Entscheidungen [46]) wiederholt bzw. zitiert, ist demnach zum eigentlichen Kriterium zwischen der Realkonkurrenz und der Idealkonkurrenz in den Fällen geworden, in denen die mehreren Gesetzesverletzungen nicht lediglich auf einen einzelnen Tätigkeitsakt zurückzuführen sind. Maßgebend für die Annahme von Idealkonkurrenz ist demnach der Umstand, ob die Tatbestandsverwirklichungen der mehreren Gesetzesverletzungen einen gemeinsamen Tätigkeitsakt aufweisen,

---

[41]) Vgl. RG. 1, 111; 25, 147; 30, 396; 32, 137; 44, 30; 54, 247; 58, 359.
[42]) So z. B. 57, 178
[43]) RG. 11, 359; 25, 102.
[44]) Vgl. hierzu Honig, Studien S. 42 ff.
[45]) RG. 32, 139 ff.
[46]) RG. 44, 28; 45, 321; 48, 321; 49, 272; 52, 287; 52, 298; 54, 255; 54, 288; 55, 110; 55, 129; 56, 58; 56, 329; 57, 140; 57, 199; 58, 34.

der für die mehreren Tatbestandsverwirklichungen kausal und schuldhaft ist.

Es fragt sich nur noch, wie sich dieser Satz zu der natürlichen Handlungseinheit verhalten soll. Das RG. tut nichts, um das Verhältnis zwischen der von ihm gewählten Formel und der von ihm gleichfalls zur Bildung seiner Einheitsvorstellung verwendeten natürlichen Anschauung klarzustellen. Die Entscheidung RG. 32, 137 ff., die für die herrschende Judikatur auf dem Gebiete der Handlungseinheit Grundlage bildet, gelangt bei der Prüfung der Handlungsidentität zu folgenden Ergebnissen: Über die Frage, ob durch „eine und dieselbe Handlung" oder durch „verschiedene selbständige Handlungen" mehrere Strafgesetze verletzt sind, entscheidet allein die Identität der Handlung, d. h. in erster Linie die Einheit des natürlichen Tuns und Lassens, der körperlichen Tätigkeit und des sie leitenden Willens und diese natürliche Handlungsidentität wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß bei Betrachtung derselben von rechtlichen Gesichtspunkten aus sich Eingriffe in verschiedene Rechtsgüter als begangen darstellen. Nachdem weiterhin ausgeführt ist, daß sich das Vorliegen einer Handlungseinheit nicht auf den Fall beschränke, wo ein einziger Akt körperlicher Tätigkeit in Frage kommt, sondern daß sich der natürlichen Betrachtung häufig auch eine Kette von Willensbetätigungsakten darstelle, die ebenso in objektivem Zusammenhang stehen wie aus einem Willen hervorgegangen sein müssen, fährt die Entscheidung fort: Erforderlich zur Annahme von Handlungseinheit ist weiterhin, daß „die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestands beider Delikte mitwirkt".

Die in erster Linie für maßgebend erachtete Anschauung des täglichen Lebens hat das RG. indes in den Fällen, wo es außerdem die erwähnte Formel gebraucht, einer näheren Begründung nicht für bedürftig gehalten. Lediglich auf negativem Wege gibt das RG. seiner Anschauung bezüglich der natürlichen Handlungseinheit einigen Ausdruck. Zunächst stellen die Entscheidungen RG. 4, 77 und 7, 60 eine Vermutung dahingehend auf, daß Realkonkurrenz anzunehmen sei, wenn die einzelnen Tätigkeitsakte zeitlich auseinanderfallen und jeder derselben auf einem neuen selbständigen Entschlusse beruht [47]). Andererseits genügt es aber nicht, zur Annahme von Idealkonkurrenz, daß die einzelnen Tätigkeitsakte sich unmittelbar aneinander anschließen. Kommt doch nicht einmal der

[47]) Lobe im Leipz. Komm. S. 61.

Gleichzeitigkeit der einzelnen Akte eine Einheit begründende Wirkung zu. Es kann dieselbe Person im gleichen Zeitpunkt zur Erreichung verschiedener Zwecke zwei objektiv und subjektiv voneinander durchaus unabhängige körperliche Tätigkeiten zur Ausführung bringen [48]). Man denke an Fälle wie diese: „Der Gast, der in der Wirtschaft seine Zahlungsfähigkeit vorspiegelt und dadurch erreicht, daß der getäuschte Angestellte des Wirts ihm Speisen und Getränke verabfolgt, kann zur gleichen Zeit andern Gästen Ärgernis geben, indem er eine unzüchtige Handlung öffentlich vornimmt" [49]).

Ebensowenig aber wie das zeitliche Verhältnis der einzelnen Tätigkeitsakte zueinander für die Entscheidung, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt, ausschlaggebend ist, kann dies von der subjektiven Beziehung der einzelnen Tätigkeitsakte untereinander behauptet werden. Der einheitlich leitende Wille, den Lobe für das subjektive Moment erklärt, auf das das Reichsgericht seine Einheitsvorstellung gründe, wird vom RG. selbst [50]) als Kriterium verworfen. Eine zeitliche Trennung der Einzelakte läßt nach seiner Ansicht die Annahme einer Handlungseinheit trotz festgestellter Einheit des Entschlusses nicht zu. Der Entschluß lasse sich nur als die Absicht denken, einen Plan auszuführen, der alle diese Handlungen umfaßt; die Ausführung selbst aber sei nicht anders möglich, als so, daß sich der Wille zu jeder einzelnen Handlung sukzessiv in besonderen Vorsätzen bestimmt und erst diese Willensbestimmung bildet den subjektiven Tatbestand der Einzelhandlungen. In einer weiteren Entscheidung [51]) hat das RG. ausgesprochen, der Gesamtvorsatz, der sich als „Absicht" oder „Entschluß" darstellt, sei nichts anderes als Entwerfung eines Plans für künftiges Verhalten, wobei die Willensaktionen für die demnächstigen sukzessiven Ausführungsakte notwendig vorbehalten bleiben, wenn aus einem derartigen Entschluß noch keinerlei Wirkung nach außen, die unter ein Strafgesetz fiele, hervorgeht. Das heißt also, daß als subjektives Moment der Handlungseinheit eben nur jene von einem strafrechtlichen Tatbestand erforderte Willensrichtung in Frage kommt. Diese Willensrichtung stellt sich dar als Vorsatz bzw. auch Fahrlässigkeit. Der Verwertung dieser Begriffe an dieser Stelle haben wir bei der Darlegung unserer eigenen Ansicht widersprochen mit dem Hinweis, daß diese Begriffe juristisch-technischer Natur seien [52]).

---

[48]) RG. 32, 139.
[49]) Olshausen, § 73, Note 19.
[50]) RG. 10, 53.
[51]) RG. 13, 285.
[52]) Vgl. M. E. Mayer. S. 162. Anm. 4. Vorsatz ist derjenige Ausschnitt aus dem Entschluß, der für die Zurechnung zur Schuld relevant ist.

Worauf es also ankommt, ist nicht der objektive Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte — mag dieser auch ein zeitlich noch so naher sein —, auch nicht die sujektive Beziehung der Tätigkeitsakte untereinander, die sich als Absicht oder Entschluß darstellt — ja selbst das Vorliegen beider Momente kann die Vorstellung einer Handlungseinheit nicht begründen. Es bedeutet dies eine Verwerfung gerade derjenigen Kriterien, auf die das RG. in den Fällen, wo es tatsächlich die natürliche Anschauung verwendet, entscheidendes Gewicht legt. Es bleibt unerfindlich, worauf sich die Vorstellung einer natürlichen Einheit, auf die es doch in „erster Linie" ankommt, gründen soll. Die lediglich negierenden Ausführungen des RG. können aus diesen Zweifeln nicht helfen. Der Rückgriff auf die vom RG. neben der natürlichen Betrachtung in „zweiter Linie" verwendete Formel der gemeinsamen kausalen Bedeutung eines der Tätigkeitsakte für die Tatbestandsverwirklichung mehrerer Delikte mag Aufschluß darüber geben, worin das RG. die Handlungseinheit findet.

Die natürliche Anschauung ist für die Praxis des RG. gewissermaßen nur die prima facie Einstellung[53]). Taucht beim Vorliegen mehrerer Gesetzesverletzungen die Möglichkeit (die Tatsache ihres Vorliegens braucht der erkennende Richter gar nicht zu prüfen) einer natürlichen Handlungseinheit auf, dann hat sich der Richter an Hand der Formel darüber zu vergewissern, ob eine rechtlich relevante Einheit vorliegt. Die vom RG. in 32, 139 herausgearbeitete und von da ab stets verwandte Formel wird damit zum alleinigen Maßstab, ob Real- oder ob Idealkonkurrenz vorliegt. Die als äußerst schwer empfundene Frage, welche einzelnen Tätigkeitsakte nach der natürlichen Betrachtung zu einer Einheit zusammenzufassen seien, wird nun mit einem Male angesichts der Formel ungleich leichter. Die Feststellung einer Handlungseinheit vollzieht sich demnach folgendermaßen. Zum Ausgangspunkt wird genommen die strafrechtliche Relevanz des historischen Geschehens. Stellt dieses Geschehen sich als Verwirklichung mehrerer Tatbestände dar, dann ist zu prüfen, ob die mehreren Tatbestandsverwirklichungen einen gemeinsamen Tätigkeitsakt aufweisen. In objektiver Beziehung wird von diesem gemeinsamen Tätigkeitsakt verlangt, daß er kausal geworden ist für die mehreren Tatbestandsverwirklichungen, auf der subjektiven Seite wird verlangt, daß der

---

[53]) Vgl. Honig, Studien S. 12: Die „natürliche Auffassung" ist nur die prima facie Einstellung, auf Grund deren die Annahme einer Handlungseinheit nahe gelegt wird und erst ein weiteres Kriterium, das von der natürlichen Auffassung gänzlich unabhängig ist, entscheidet letzten Endes über die Anwendbarkeit des § 73 oder des § 74 StGB.

Tätigkeitsakt auch in der Richtung der mehreren Tatbestandsverwirklichungen im strafrechtlichen Sinne schuldhaft war, d. h. daß der Täter sich der Tragweite seines Verhaltens bei diesem gemeinsamen Tätigkeitsakt in vollem Umfange bewußt war oder (Fahrlässigkeit) doch die Möglichkeit hatte, sich diese Tragweite vorzustellen. Daß in objektiver Hinsicht das gemeinsame Element beiderseitig Ausführungshandlung sein muß[54]), bedarf eigentlich näherer Darlegung nicht, da ja die lediglich vorbereitende Tätigkeit keine Tatbestandsverwirklichung darstellt, sondern in die „Außenzone" der Deliktstatbestände fällt.

Daß die natürliche Anschauung des täglichen Lebens eine andere Einheitsvorstellung begründet als die juristische Doppelbedeutung lediglich eines einzelnen Tätigkeitsakts liegt auf der Hand. Gewiß lassen sich zwar Fälle denken, wo zwei an sich selbständige Handlungen durch ein gemeinsames für die mehreren Tatbestandsverwirklichungen kausales Bindeglied zu einer einheitlichen Handlung auch im natürlichen Sinne verbunden werden. Z. B. der Dieb verursacht durch sein Verhalten beim Einsteigen einen Brand; oder der widerrechtlich Festgenommene wird in Überwindung seines Widerstandes körperlich verletzt. In diesen Fällen spielt es sowohl für die auf die Formel gegründete juristische Handlungseinheit als insbesondere für die natürlich Handlungseinheit keine Rolle, daß zur Vollendung der einen Tatbestandsverwirklichung Handlungen erforderlich sind, die für die andere keine kausale Bedeutung haben. In den meisten Fällen wird aber die Verschiedenheit der Auffassungen auch zu verschiedenen Ergebnissen führen. Man mache sich das an folgendem Beispiel klar: Wenn der Räuber eine einsame Frau überfällt, sie bindet und ihr Gewalt antut und sie dann hilflos liegen läßt, Stunden danach den Entschluß faßt, diese Frauensperson auch zu berauben und diesen Plan dann zurückkehrend ausführt, so stellen sich diese Verbrechen nach unseren obigen Ausführungen der natürlichen Anschauung als eine Zweiheit von Handlungen dar. Die Anhänger einer juristischen Einheit werden dagegen dieses verbrecherische Handeln als einen Fall der Idealkonkurrenz ansehen, da beide Tatbestandsverwirklichungen ein gemeinsames kausales Bindeglied nämlich die Gewaltanwendung aufweisen und dieses Bindeglied neben seiner in beiden Richtungen kausalen Bedeutung auch in beiden Richtungen schuldhaft ist. Noch krasser wird die Differenz der Meinungen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß von der Judikatur des RG. auch Fälle von offensichtlicher Nichteinheit der

[54]) Beling L. v. V., S. 379 ff.

Handlung im Sinne der natürlichen Auffassung als Handlungseinheit angesprochen werden. Tatbestandsverwirklichungen, die in keinem einzigen Punkt ihrer Ausführungshandlungen zusammenfallen, werden nämlich um deswillen vom RG. zu einer Einheit verbunden, weil beide mit einer dritten Tatbestandsverwirklichung derart zusammentreffen, daß bezüglich beider Idealkonkurrenz mit dieser dritten Tatbestandsverwirklichung vorliegt.

§ 4.

Rechtfertigt der Unterschied der Konkurrenzformen eine verschiedene Bestrafung?

Trotzdem das positive Recht eine Handhabe für die Unterscheidung, wann eine Handlung vorliegt oder wann deren mehrere vorliegen, nicht bietet, sondern die Bestimmung dieser Frage der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen hat, macht es von dieser Unterscheidung Konsequenzen von großer Tragweite abhängig. Während der Fall, daß mehrere Strafgesetze durch „eine und dieselbe Handlung" verletzt werden, der Fall der sogenannten Idealkonkurrenz § 73 StGB., nur mit einer der in den mehreren Gesetzesverletzungen angedrohten Strafen belegt werden soll, soll der Fall, daß jemand durch „mehrere selbständige Handlungen" gegen mehrere Gesetze verstoßen hat, der Fall der sogenannten Realkonkurrenz § 74 (75—79) StGB., zwar auch mit einer, aber doch einer aus den in den mehreren Gesetzesverletzungen angedrohten Strafen zusammengesetzten Strafe belegt werden. Die vom Gesetzgeber verwendete Unterscheidung von einer Handlung und mehreren selbständigen Handlungen hat also korrelaten Ausdruck in einer Strafeinheit bzw. Strafenmehrheit gefunden (wobei allerdings die Strafenmehrheit der Realkonkurrenz in den meisten Fällen durch das Asperationsprinzip eine Milderung gegenüber bloßer Kumulierung der Einzelstrafen erfährt). Trotzdem der Gesetzgeber auch für den Fall der Idealkonkurrenz mehrere Strafgesetze als verletzt bezeichnet, ignoriert er diese Mehrheit der verletzten Strafgesetze jedenfalls bei der Strafbemessung völlig [55]). Es hat sich diese von der lex lata gewählte Regulierung der Konkurrenzfrage mancherlei Kritik gefallen lassen müssen. Zunächst bietet

[55]) v. Liszt: Das mildere Strafgesetz ist in keiner Weise zu berücksichtigen. A. A. Ebermayer § 73, Note 3.

die Prüfung der Frage der Einheit oder Mehrheit der Handlungen — wie wir gesehen haben — nicht unerhebliche Schwierigkeiten, sowohl hinsichtlich der Feststellung der Natur des Handlungsbegriffes an sich, als dessen Einheitskriterien. So bezeichnet es Mittermaier[56]) als wünschenswert und großen Vorteil, wenn „der fürchterliche Streit, ob Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt", endlich aufhören würde. Liepmann[57]) spricht vom augenblicklichen Stand der Konkurrenzlehre als einem Grundbegriff, der von unausgereifter Gedankenbildung und scholastischen Begriffsfiguren beherrscht sei. Honig[58]) spricht von einer von der Natur der Sache keineswegs geforderten „nie versiegenden Quelle von Revisionsrügen".

Die Prüfung des Einzelfalls daraufhin, ob Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt, gehört zu den schwierigsten Fragen der gesamten Strafrechtswissenschaft überhaupt[59]). Es möchten diese Schwierigkeiten der Unterscheidung in Kauf genommen werden, wenn die Natur der Sache den Richter überhaupt zwänge, sich über das Vorliegen einer Handlungseinheit oder mehrerer selbständiger Handlungen auszusprechen[60]).

Daß dem aber nicht so ist, ist nahezu allgemein anerkannt. Im Gegenteil stellt die gesetzliche Regelung lediglich eine „Konservierung veralteter Begriffsschemata dar"[61]). Das „Monstrum Idealkonkurrenz gehörte längst in die Rumpelkammer juristischer Deduktionen" verbannt. In Sonderheit Coenders[62]) gebührt das Verdienst, das Ungerechtfertigte, Unzweckmäßige und Entbehrliche der gesetzlichen Regelung dargetan zu haben. Seine Ausführungen gipfeln darin: als den tatsächlichen Vorgängen entnommene Erscheinung mag die gesetzliche Unterscheidung zwischen einer einheitlichen Handlung und mehreren selbständigen Handlungen in gewissem Maße begründet sein. Indes ergeben sich auf recht-

---

[56]) J.W. 1922, S. 987.
[57]) Z.St.W. Bd. 43, S. 382 f. (1922).
[58]) Studien S. 58.
[59]) Coenders: Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz, S. 10: Untersuchungen schwieriger und zeitraubender Art, quälerisch nicht nur für die Juristen, sondern vor allem auch für die Angeklagten. Ist doch nicht selten der Zweifel über die Zugehörigkeit der Fälle zu der einen oder anderen Kategorie die Veranlassung oder die Handhabe, welche die Sachen durch mehrere Instanzen treibt.
[60]) Hälschner, Deutsches Str.R. I, S. 672 ff. nimmt der Unterscheidung jeden rechtlichen Wert. Binding Hdb. I, S. 571 hält die Unterscheidung für die denkbar unglücklichste.
[61]) Coenders Vorw. S. 3.
[62]) a. a. O. S. 12 ff.

lichem Gebiete keinerlei Verschiedenheiten. Sowohl in den idealen, wie in den realen Fällen liegen mehrere Gesetzesverletzungen vor. Beidemale ist aber auch der subjektive wie der objektive Tatbestand des Verbrechens bei allen Verletzungen gegeben. Dieser letztere Umstand darf das einzig Entscheidende für die gesetzgeberische Behandlung der Idealkonkurrenz sein; daß die mehreren Gesetzesverletzungen in tatsächlicher Hinsicht zu einer Einheit verschmelzen, ist irrelevant. Im Gegensatz zur Gesetzeskonkurrenz liegt bei der Idealkonkurrenz wie in den Fällen der Realkonkurrenz jedenfalls ein gewisses „Mehr" vor gegenüber den einfachen Verbrechen. Unerklärlich bleibt nach diesen Erwägungen der Absorptionsgedanke, dem die lex lata huldigt. Eine folgerichtige Durchführung dieser Erkenntnis zwänge die Fälle der idealen mit der der realen Konkurrenz gleichzustellen im Sinne der Erfassung sämtlicher kriminellen Elemente der mehreren Gesetzesverletzungen.

Den Ausführungen Coenders haben wir hinzuzufügen: Daß sich vom Standpunkt derjenigen aus, die in der Idealkonkurrenz eine juristische Handlungseinheit erblicken, eine Rechtfertigung der Konkurrenzlehre im Sinne des positiven Rechts erbringen läßt, halten wir nicht für möglich. Nach dieser Ansicht ist die Unterscheidung eine lediglich gedachte, eine „rein ideale". Ein Grund dieser juristischen Fiktion einen Einfluß auf die Frage der Bestrafung einzuräumen, läßt sich nie und nimmer ersehen.

Problematischer ist die Sachlage vom Standpunkt derer, die mit uns den in den §§ 73 und 74 StGB. verwendeten Handlungsbegriff der natürlichen Anschauung entnehmen. Dieser solchermaßen gewonnene Begriff gehört tatsächlichen Gegebenheiten an, die der Gesetzgeber nie und nimmer negieren, sondern allenfalls ignorieren kann. Entschließt er sich zur Anerkennung dieser Gegebenheiten, so folgt daraus zwar noch nicht, daß er mit einer Bejahung des Unterschiedes auch die Unterscheidung mit irgend welchen Folgen ausstatten müßte. Derartige Konsequenzen wird der Gesetzgeber nur dann ziehen dürfen, wenn er davon überzeugt ist, daß der strafrechtliche Gehalt mehrerer idealiter konkurrierender Gesetzesverletzungen verschieden ist von dem Gehalt derselben realiter konkurrierenden Gesetzesverletzungen und — ein Punkt, der als äußerst wichtig angesprochen werden muß — nur wenn der Unterschied in der Behandlung der beiden Fälle durch die Möglichkeit ihrer einwandfreien Scheidung gerechtfertigt wird. Gerade diese letzere Bedingung ist aber nicht erfüllt. Honig erklärt die natürliche Handlungseinheit für einen Begriff, der objektiver Zer-

gliederung überhaupt nicht zugänglich sei [63]). In der Tat läßt sich eine scharfe Grenze zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, sofern beide Erscheinungen auf die natürliche Handlungseinheit bzw. Handlungsmehrheit zurückgeführt werden, nicht ziehen. Jeder Versuch einer theoretischen absolut genauen Erfassung dieser Grenzen muß von vorneherein als verfehlt bezeichnet werden [64]). Letzten Endes wird es in zweifelhaften Fällen der Intuition des Einzelnen überlassen bleiben, welche Vorstellungen von Einheit oder Mehrheit der Handlung er im einzelnen Fall will wach werden lassen. Die Entscheidung ist hier schließlich nicht mehr Erkenntnisfrage, sondern ein reiner Willensakt. Das bedeutet einen offenen Verzicht auf die Rechtsicherheit, der umso schwerer wiegen muß, als die Konkurrenzfrage täglich an den Richter herantritt und die Grenzfälle bei weitem häufiger sind als die glatten Fälle der eintätigen Konkurrenz.

Ist schon dieser Umstand gewichtig genug, um die Berechtigung der gesetzlichen Regelung der Konkurrenzformen zweifelhaft erscheinen zu lassen, so werden diese Zweifel noch verstärkt, wenn man sich vorhält, daß der Gesetzgeber in die an sich auf die natürliche Handlung gestützte Regelung in kasuistischer Weise modifizierend eingegriffen hat. Oben, haben wir den Satz aufgestellt: Jeder Handlungseinheit soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine Strafeinheit und jeder Handlungsmehrheit eine Strafenmehrheit entsprechen. Der Umkehrschluß aus diesem Satz ergibt, daß aus der Zahl der verhängten Strafen auch die Zahl der Handlungen ersichtlich sein muß; was mit einer Strafe belegt ist, ist eine Handlung. Die Umkehrung jenes Satzes läßt sich aber für das Geltungsgebiet des RStGB. nicht durchweg rein durchführen. In einer rein kasuistischen Methodik hat der Gesetzgeber nämlich in die Konkurrenzlehre dadurch eingegriffen, daß er gewisse infolge der Häufigkeit ihrer Typizität hervorragende Fälle herausgegriffen und mit einheitlicher Strafe belegt hat, obwohl in diesen Fällen Realkonkurrenz mitunter theoretisch denkbar erscheint. Es sind dies die Fälle der sogenannten Kollektivdelikte, gewohnheits-, gewerbs-

---

[63]) a. a. O. S. 57.

[64]) Höpfner I, S. 235: „Es ist vielmehr ... zu folgern, daß es eine Grenze zwischen Handlungseinheit und -Mehrheit und folglich auch zwischen Verbrechenseinheit und -Mehrheit gar nicht gibt, eine Folgerung, deren Richtigkeit eine Bestätigung dadurch erhält, daß keine von allen bisher aufgestellten Theorien vermocht hat, eine Grenze anzugeben, die sich als wirklich scharfe Abgrenzung bewährt. Kommen wir aber zu der Erkenntnis, daß es gleichbedeutend mit einem Versuch der Lösung der Quadratur des Zirkels ist, eine scharfe Grenze ziehen zu wollen, dann müssen wir darauf ein- für allemal verzichten."

und geschäftsmäßiges Delikt, sowie die besonderen Mischtatbestände: Raub (Nötigung + Diebstahl). Zwar kann in diesen Fällen die natürliche Einheit mit der hier vom Gesetze geschaffenen juristischen Einheit zusammenfallen. Von der Natur der Sache selbst wird indes ein Zusammenfallen beider Einheiten nicht gefordert; es werden z. B häufig mehrere Tätigkeitsakte als mehrere Handlungen nach der natürlichen Anschauung sich darstellen, wiewohl sie das gemeinsame Merkmal der Geschäftsmäßigkeit aufweisen. Die Willkür in der Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz, die auf den Mangel einer scharfen Grenzlinie zurückzuführen ist, wird durch diesen neben den natürlichen Handlungsbegriff gestellten gesetzlichen Handlungsbegriff noch wesentlich vergröbert.

Weiterhin hat man [65]) gegen die Regelung der lex lata auch schon vorgebracht: „Größere Körperkraft, größere Geschicklichkeit greift zur Idealkonkurrenz, weil sie durch eine Handlung so viel auszurichten weiß, wie geringere Kraft und geringere Geschicklichkeit durch mehrere." Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig. Coenders tut ihn ironisch ab mit dem Hinweis, man könne die Idealkonkurrenz doch nicht wie ein gefährliches Werkzeug, etwa einen Schlagring ergreifen und damit um sich schlagen. Nicht Geschicklichkeit oder die Verwegenheit des Verbrechers, sondern fast immer die zufälligsten Umstände des Lebens entscheiden darüber, welche der Konkurrenzarten im Einzelfall vorliegt [66]). Dem ist im allgemeinen zuzustimmen. Es liegt nicht in der Hand des Täters durch seine Absicht, seinen Entschluß beliebige Einzelakte zu einer Einheit zusammenzufassen. Die natürliche Betrachtung nimmt ihren Standpunkt nicht in der Psyche des Täters, sondern eines unbeteiligten Beobachters, der den Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte nach seinen und der Gesellschaft eigenen Interessen abwägt.

Übergehend zu der Untersuchung, ob vom ethischen Gesichtspunkt aus die Unterscheidung der Konkurrenzformen und ihrer der lex lata gezogenen Konsequenzen gefordert wird oder doch als wünschenswert erscheint, betrachten wir noch einmal die Fälle, wo der Gesetzgeber sich einen eigenen Handlungsbegriff geschaffen hat. Was mag den Gesetzgeber veranlaßt haben, sich hier neben dem sonst verwendeten natürlichen Handlungsbegriff einen eigenen gesetzlichen zu schaffen?

Im allgemeinen geht die Technik des Gesetzgebers dahin, für die Übertretung einer jeden einzelnen Norm einen besonderen ge-

---

[65]) Binding, Hdb. I, S. 576; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 366.
[66]) a. a. O. S. 7.

setzlichen Tatbestand mit besonderer Strafdrohung zu schaffen und auf die Übertretung der Norm die Strafe zur Anwendung zu bringen. Sind mehrere Normen und damit auch mehrere Strafgesetze verletzt, dann soll eben die Regelung der Konkurrenzformen zum Zuge kommen. Wenn die durch die mehrfache Normverletzung verletzten Tatbestände durch eine nach der natürlichen Auffassung als Einheit erscheinende Handlung verwirklicht worden sind, dann sollen nicht die sämtlichen in den verwirklichten Tatbeständen enthaltenen Strafdrohungen in Anwendung gebracht werden, sondern nur diejenige, die die schwerste Strafe androht. Die Schaffung der gesetzlichen Mischtatbestände, die eine einheitliche Strafdrohung für die Übertretung mehrerer Normen aussprechen, ist ganz offensichtlich von der Vorstellung beherrscht, daß der unter Anwendung einer Sachbeschädigung begangene Diebstahl in seiner strafrechtlichen Relevanz unter der Geltung des Absorptionsprinzips aus der Strafdrohung des § 242 StGB. eine volle Würdigung nicht erfahren könne, weil eben doch ein nicht zu leugnendes „Mehr" vorliegt sowohl gegenüber einer einzelnen Tatbestandsverwirklichung, wie gegenüber den gemeinhin als Gesetzeskonkurrenz bezeichneten Fällen. Die Strafdrohung für den Einbruchsdiebstahl ist dieser Erkenntnis entsprechend eine wesentlich schärfere als die des gewöhnlichen Diebstahls nach § 242 StGB. Inkonsequent ist an dieser innerlich wohlbegründeten Erkenntnis des Gesetzgebers, daß er sie nur im Wege der Ausnahmekasuistik zur Geltung gebracht hat.

Wenn wir uns fragen, welche Gesichtspunkte den Gesetzgeber in den Regelfällen veranlaßt haben, der Idealkonkurrenz eine gegenüber der Realkonkurrenz so milde Behandlung zuteil werden zu lassen, so kann die Beantwortung dieser Frage mit Bindung nur dahin gehen: „Das günstige Vorurteil des Gesetzgebers für die Idealkonkurrenz beruht auf der Annahme, daß die Ausführung mehrerer Verbrechen auf e i n m a l ein minderes Maß von Schuldintensität auf die einzelne Handlung fallen läßt". Hierbei wird aber verkannt, daß die Idealkonkurrenz jedenfalls ein größeres Maß von Schuld [67]) enthält, als die Fälle des einfachen Delikts und der Gesetzeskonkurrenz. Gegenüber diesen letzteren beiden Fällen unterscheidet sich die Idealkonkurrenz darin, daß bei ihr sowohl hinsichtlich des subjektiven als des objektiven Tatbestands mehrere Gesetzesverletzungen vorliegen. Diese mehrfache Tatbestandsverwirklichung ist der Punkt, den die Idealkonkurrenz mit der Realkonkurrenz gemein hat und ihm allein kommt entscheidendes Ge-

[67]) Dieses kriminelle Plus kann zwar im Einzelfall äußerst gering sein, ist aber immer vorhanden.

wicht zu. Daß allein die äußere Erscheinungsform der mehreren Gesetzesverletzungen einen der lex lata entsprechenden Unterschied begründet, wagt wohl selbst der nicht zu behaupten, der den Verbrechensbegriff in der „Handlung" finden zu müssen glaubt, denn der Wert einer Handlung bemißt sich doch in erster Linie nach ihrem Erfolg. Erst in zweiter Linie spielt — jedenfalls was die lex lata angeht — die Intensität des verbrecherischen Willens eine Rolle.

Der zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bestehende Unterschied hinsichtlich der Intensität des verbrecherischen Willens ist in zwiefacher Richtung zur Begründung einer unterschiedlichen Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz verwendet worden. Erstlich: wenn das Wesen der Strafe nicht rein der Vergeltung dienen, sondern auch darin bestehen soll, daß sie — speziell oder generell — abschreckend wirkt, so muß allerdings zugegeben werden, daß im Einzelfall die Schuldintensität bei den mehrere Gesetze verletzenden Täter, wenn er nur einmal tätig wird, geringer sein kann, als wenn er mehrmals tätig wird. Die Begründung des Gegenentwurfs [68]) führt aus: Der Gegenentwurf steht auf dem Standpunkt, daß für jeden, mag er zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz stehen, wie immer er will, eine Handlung leichter wiegen muß als mehrere. Die Aussicht auf Strafe soll die zur Ausführung drängenden Intentionen des Täters lahmlegen. Der Anreiz, den die Vorstellung des vom Täter erstrebten Erfolges ausübt, wird bei der Idealkonkurrenz nur einmal gegen die den Erfolg hemmenden Momente abgewogen. Bei der Realkonkurrenz hat der Täter diese Abwägung mehrmals vorzunehmen, er läßt mehrmals erkennen, daß er die Interessen der Gesellschaft seinen eigenen hintanzusetzen gewillt ist. Der mehrmalige Rechtsbruch erscheint uns schwerer als der einmalige. Zweitens hat man darauf hingewiesen, daß es in den Fällen der Idealkonkurrenz dem Täter auf die Gesamtheit der von ihm bewirkten Erfolge gar nicht ankomme, sondern nur auf einen von ihnen. Dem Täter, der seinen Gegner durch einen Schuß durchs geschlossene Fenster niederstreckt und dabei einen Dritten verletze, liege es nur an dem einen Erfolg der Tötung des Gegners, während ihm die beiden andern Erfolge, die Verletzung des Dritten und die Zerstörung der Fensterscheibe, wenn nicht höchst unerwünscht, so doch mindestens höchst gleichgültig seien [69]).

---

[68]) Begründung des Gegenentwurfs von Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal und Goldschmidt, S. 135.

[69]) Vgl. hierzu Höpfner II, S. 56. Hälschner, Gem.D.Str.R. I, S.673 ff. Merkel, Lehrb. S. 296 ff.

Beide Rechtfertigungsgründe haben zunächst etwas Einnehmendes. Die Behauptung, daß die Verübung mehrerer Handlungen einen beharrlicheren verbrecherischen Willen, eine unbotmäßigere Gesinnung bekundet als sie der Idealkonkurrenztäter hervorkehrt, hat etwas Bestechendes. Daß im allgemeinen eine mehrfache Verletzung der Rechtsordnung schwerer empfunden wird als eine einmalige — mag das quantitative Ausmaß der Verletzungen auch dasselbe sein — kommt im Gesetz selbst dadurch zum Ausdruck, daß der Rückfall als Strafschärfungsgrund verwendet wird. Indes ist damit die Forderung nach einer prinzipiellen Gleichwertung der Konkurrenzfälle noch nicht als abgetan anzusehen. Es ist nämlich nicht an dem, daß die Schuld bei nur einmaligem Handeln unbedingt geringer sein müßte als beim mehrmaligen Handeln. Ebenso wie von besonderem Gewicht für die Strenge der strafrechtlichen Beurteilung werden kann, wenn der Täter in getrennten Zeitpunkten verschiedentlich eine Abwägung der vom Verbrechen abhaltenden mit den zum Verbrechen hinführenden Momenten dahin vorgenommen hat, daß er den zum Verbrechen führenden Momenten das Übergewicht gab, ganz ebenso kann sich das umgekehrte Bild ergeben, daß der Täter, wenn er in Idealkonkurrenz handelt, eine stärkere Intensität seiner asozialen Gesinnung kund tut, als wenn er dieselben Delikte in getrennten Handlungen verwirklicht. Gerade die Erkenntnis von der Tragweite der in verschiedenen Beziehungen strafrechtlich relevanten Tat sollte Hemmungsvorstellungen in dem Verbrecher entwickeln, die über die Summe und Bedeutung der anläßlich der Begehung mehrerer selbständiger Handlungen wach gewordenen, vom Verbrechen abhaltenden Momente weit hinausgehen können [70]).

Der zweite Einwand, den man einer prinzipiellen Gleichstellung der Konkurrenzfälle entgegengehalten hat: es komme dem Täter bei der Idealkonkurrenz nur auf den einen Erfolg an, die andern seien entweder nur unerwünschte Begleiterscheinungen oder nur Mittel zum Zweck, hält näherer Betrachtung ebensowenig Stand. Es bestand schon verschiedentlich Veranlassung, darauf hinzuweisen, daß die subjektiven Überlegungen des Täters unser strafrechtliches Interesse nur in beschränktem Maße erregen, nämlich nur insoweit, als sie einen uns erkennbaren Ausdruck erfahren haben.

---

[70]) Frank § 54, V d β: Es geht unmöglich an, den Vorteil im Strafmaß dem einen zugute kommen zu lassen, weil sein Vorsatz sich von vorneherein auf das Ganze erstreckte, ihn aber dem andern zu versagen, weil sein Vorsatz anfänglich viel harmloser war und erst im Laufe der Handlungen diese Ausdehnung gewonnen hat. Die Schuld des ersteren ist doch zweifellos schwerer als die des zweiten.

Der vom Täter erstrebte Zweck oder seine Absicht interessieren uns im allgemeinen nicht. Die subjektiven Anforderungen, die wir an die Strafbarkeit der Verwirklichung eines objektiven Tatbestandes stellen, liegen zwar auch auf dem Gebiete der Willensvorgänge. Sie richten sich aber nicht nach den Absichten des Täters, sondern lediglich nach der Frage, ob der Täter bei seiner Handlung den rechtsverletzenden Erfolg vorausgesehen hat oder doch wenigstens voraussehen konnte. Nicht der geringste Grund läßt sich ersehen, warum auf dem Gebiete der Konkurrenzlehre die Strafbarkeit des verbrecherischen Verhaltens von anderen subjektiven Voraussetzungen getragen sein sollte, als auf den übrigen Gebieten des Strafrechts.

Die Differenz hinsichtlich der Intensität des verbrecherischen Willens zwischen den Fällen der Idealkonkurrenz und der Realkonkurrenz ist demnach häufig überhaupt fraglich. In den übrigen Fällen kann sich aber ebensowohl ein Überschuß an kriminellem Gehalt zu Gunsten der Idealkonkurrenz wie der Realkonkurrenz ergeben. Das starre Schema prinzipiell verschiedener Bestrafungsarten, wie es das positive Recht aufweist, kann also aus der Verschiedenheit der Schwere der Schuld nicht gerechtfertigt werden [71]). Schon im römischen Recht hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß die ideale und reale Konkurrenz nicht verschieden bestraft werden dürfen. Auch in der deutschen Literatur hat seit langem diese Erkenntnis Eingang gefunden. Es sind eben: „Alle wesentlichen Erfordernisse der Konkurrenz in dem Falle der idealen Konkurrenz ganz ebenso wie in dem realen gegeben und ihnen gegenüber erscheint alles, wodurch beide Arten von Konkurrenz sich unterscheiden als zufällig, unwesentlich und rechtlich gleichgültig“ [72]).

Angesichts der Regelung des positiven Rechts muß hier das Postulat erhoben werden nach einer Umgestaltung der Konkurrenzbestimmungen. Ein starr abgegrenztes Schema der Bestrafungsprinzipien kann nicht lebenswahr sein. Gefordert werden muß für beide Konkurrenzformen derselbe Strafrahmen. Ein gleicher Strafrahmen würde rationeller richterlicher Strafzumessung die Möglichkeit in die Hand geben auch in den Grenzfällen auf eine dem wahren kriminellen Gehalt des Einzelfalles entsprechende Strafe zu erkennen.

---

[71]) Wie hier: Binding, Hdb. S. 573 f.; v. Buri S. 11; Habermaas S. 81 ff.; Hälschner S. 673 N. 1; Kantorowicz S. 326 ff.; Merkel S. 269 ff. Anderer Ansicht dagegen Höpfner II S. 265; Meyer-Allfeld S. 356.

[72]) Hälschner S. 672.

Um die unleugbaren Unebenheiten des positiven Rechts zu glätten hat man für den Geltungsbereich der lex lata die Behauptung aufgestellt, die Anwendung des Absorptionsprinzips gehe Hand in Hand mit einer obligatorischen Straferhöhung innerhalb der Strafdrohung des schwersten der verletzten Gesetze [73]). Schon frühzeitig hat aber das RG. [74]) unter ausführlicher Darlegung der Entstehungsgeschichte des § 73 StGB. dargetan, daß der Grundsatz einer obligatorischen Straferhöhung bei der Idealkonkurrenz bei der Beratung des preußischen StGB., dessen Regelung das geltende Recht übernommen hat, ausdrücklich verworfen wurde. Ganz abgesehen davon, daß sie nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, wäre eine obligatorische Straferhöhung auch schon deshalb nicht am Platze, weil es gewissermaßen verschiedene Grade von Idealkonkurrenz gibt, deren krimineller Gehalt mehr oder weniger von dem einer einfachen Gesetzesverletzung differiert. Man denke sich folgenden Fall: Ein Bevollmächtigter unterschlägt die für den Vollmachtgeber einkassierten Gelder [75]). Es liegt Idealkonkurrenz von Unterschlagung und Untreue vor. Diese Schädigung des Vollmachtgebers kann aber doch nicht strafwürdiger sein, als die lediglich den Tatbestand der Untreue erfüllende Verfügung über eine gleich hohe (noch nicht einkassierte) Forderung des Vollmachtgebers zu eigenem Vorteil.

Wenn derartig gelagerte Fälle eine obligatorische Erhöhung der absorbierenden Strafe nicht angezeigt erscheinen lassen, bleibt noch die Frage, ob die milderen Strafgesetze nicht wenigstens einen fakultativen Straferhöhungsgrund abzugeben vermögen. In der eben zitierten Entscheidung des RG. bezeichnet das RG. es als ganz natürlich, daß in den meisten Fällen der Richter die Idealkonkurrenz bei der Strafzumessung erschwerend berücksichtigen wird. Wenn man damit einig gehen wollte, dann bietet allerdings die ganze Regelung der Konkurrenzform gar nicht diesen Stein des Anstoßes, den wir in ihr erblicken. Dann ist der Richter in der Lage, bei der Weite der Strafrahmen des positiven Rechts der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle von Handlungseinheit die ihnen gebührende strafrechtliche Würdigung zuteil werden zu lassen, ohne hierbei von den enorm differierenden Bestrafungsprinzipien der lex lata behindert zu sein. Zu welch billigen Ergebnissen dieser Weg aber auch führen mag, bedeutet er doch eine glatte Umgehung des Willens des Gesetzgebers. In dem bewußt

---

[73]) Olshausen § 73 N. 34. Hälschner S. 672 ff; Binding, Grundriß I, S. 291.
[74]) RG. 18, 197.
[75]) Höpfner II, S. 97.

krassen Unterschied seiner Bestrafungsprinzipien hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß er die Fälle der idealen und realen Konkurrenz grundsätzlich verschieden ansieht und grundsätzlich verschieden behandelt wissen will. Die milderen Strafgesetze sind demnach bei der Strafzumessung in keiner Weise zu berücksichtigen [76]).

Diesem wirklichen Übelstand der verschiedenen Bestrafungsprinzipien abzuhelfen und die Unterlage für eine dem Wesen der Sache entsprechende Judikatur zu schaffen, ist bei der großen Bedeutung der Materie eine der vornehmsten Aufgaben der kommenden Gesetzgebung. Daß der Gesetzgeber sich dieser Aufgabe bewußt ist, der Konkurrenzlehre ihren immensen Einfluß auf den „modus puniendi" de lege ferenda nehmen zu müssen, erhellt aus dem § 65 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, welcher für Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz gleichermaßen bestimmt: „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder ist durch die Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt oder hat jemand mehrere selbständige Taten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen."

§ 5.

Das fortgesetzte Delikt.

Der § 65 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs hebt den im positiven Recht zwischen Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz bestehenden Unterschied in der Straffrage auf. Statt des Absorptionsprinzips für die Idealkonkurrenz und des Asperations- bzw. Kumulationsprinzips für die Realkonkurrenz hat der Entwurf für beide Fälle ein neues einheitliches Bestrafungsprinzip geschaffen. Diese Gleichstellung der Konkurrenzformen stellt erneut eine Frage zur Diskussion, deren Beantwortung, wie nach der Bedeutung des Gegenstandes, um den es sich handelt, nicht anders zu erwarten ist, — nach welcher Richtung sie auch ausfallen mag — jedenfalls ungeteilten Beifall nicht finden wird. Diese Frage zielt ab auf die Berechtigung der Weiterexistenz des vielfach gerade aus den Bestrafungsprinzipien des geltenden Rechts heraus erklärten Begriffes: „Fortgesetztes Delikt".

---

[76]) Ebenso v. Liszt § 56 III und Heinemann S. 98.

Der E. 27 hat wie die Mehrzahl seiner Vorgänger und die lex lata im Gegensatz zu den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1913 und 1919 es unterlassen, den Begriff des fortgesetzten Delikts auf dessen Feststellung „eine fast beispiellose Summe von Mühe und Zeit in der deutschen Doktrin und Rechtsprechung" verwendet worden ist, gesetzlich zu erfassen. Es teilen sich die Ansichten, ob dieser Mangel einer gesetzlichen Regelung eine dem Gesetzgeber bewußte Unterlassung darstellt oder ob dieser das fortgesetzte Delikt ganz einfach vergessen hat. Daß der Gesetzgeber eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vergessen haben könnte, glauben wir nicht. Die Existenzberechtigung und die Natur des fortgesetzten Delikts standen ja gewissermaßen in einem Brennpunkt allseitigen Interesses. Das Schweigen des Gesetzgebers ist also zweifellos kein Vergessen, sondern eine Erklärung. Was aber soll dieser stillschweigenden Erklärung entnommen werden? Ist die Existenzberechtigung des fortgesetzen Delikts damit negiert, ist es stillschweigend als eine Erscheinung, auf die der Gesetzgeber keinen Einfluß hat [77]), anerkannt oder soll endlich die Feststellung der Notwendigkeit seiner Existenz und die Umreißung des Begriffes [78]) der Rechtsprechung und Wissenschaft, den Schöpfern des Begriffs, überlassen bleiben? Sämtliche 3 Ansichten sind in der Tat vertreten und es wird schwer halten, hier eine Einhelligkeit der Meinung herbeizuführen. Spielen doch in dieser Frage wieder Begriffe herein, die zu den umstrittensten in der ganzen Strafrechtswissenschaft gehören.

Wenn die gemeinhin als Fälle des „fortgesetzten Delikts" angesehenen mehreren Tätigkeitsakte nicht Fälle der gleichartigen realen Konkurrenz selbst sind, so weisen sie doch zumindest mit diesen ein gemeinsames Moment auf, das darin besteht, daß sie denselben gesetzlichen Tatbestand (zumindest scheinbar) mehrfach vollständig verwirklichen. Das „fortgesetzte Delikt" erfordert also eine Abgrenzung gegenüber der realen Konkurrenz. Aber nicht nur ihr gegenüber. Auch eine nur einmalige Verwirklichung eines Tatbestandes kann — wie wir anläßlich unserer Untersuchungen über die Handlungseinheit erkannt haben — in der Weise vor sich gehen, daß der Täter mehrere (unbegrenzt viele) gleichartige Tätigkeitsakte vornimmt, die in ihrer Einzahl ebenfalls schon eine

---

[77]) Hälschner, Preuß. Str.Recht S. 521: „Die Frage, was eine Handlung und darum ein Verbrechen sei, hat nicht die Gesetzgebung, sondern die Wissenschaft und im konkreten Falle der Richter zu entscheiden."

[78]) Zu abschließenden Untersuchungen ist die Wissenschaft, trotzdem das fortgesetzte Delikt ein altes Betätigungsfeld juristischen Scharfsinnes darstellt, bis heute nicht gelangt.

vollendete Tatbestandsverwirklichung darstellen würden. Wenn der Saboteur eine Maschine durch verschiedene wuchtige Hammerschläge unbrauchbar macht, dann pflegt man gemeinhin nicht von einem „fortgesetzten Delikt" zu reden. Auch dem einheitlich geschlossenen „Delikt" gegenüber wird sich also eine Abgrenzung als notwendig erweisen [79]). Kurz gefaßt soll nun der Unterschied des „fortgesetzten Delikts" gegenüber der gleichartigen Realkonkurrenz darin bestehen, daß die einzelnen Tätigkeitsakte des ersteren eine gewisse Zusammengehörigkeit bzw. Unselbständigkeit aufweisen, während beim Vorliegen realer Konkurrenz tatsächlich und rechtlich völlig selbständige Reate vorliegen; gegenüber der einfachen Tatbestandsverwirklichung darin, daß die subjektiven und objektiven Kriterien, die von der natürlichen Anschauung an die Vorstellung einer Handlungseinheit angelegt zu werden pflegen, nicht vorzuliegen brauchen.

Man wird der Frage, welche Stellung das „fortgesetzte Delikt" im kommenden Strafgesetz einnehmen müsse, verschieden gegenübertreten, je nachdem, welche Auffassung vom Wesen des fortgesetzten Delikts man mit sich bringt. Diese Auffassung spaltet sich in zwei Lager. Die einen [80]) sehen im fortgesetzten Delikt eine lediglich aus dem Bedürfnis der Praxis heraus entsprungene juristische Konstruktion, einen besonders privilegierten Fall der gleichartigen Realkonkurrenz. Auf der andern Seite geht man davon aus, daß die Einheit des fortgesetzten Delikts eine Erscheinung sei, die der Wirklichkeit angehöre, und zwar wird diese Einheit gewöhnlich auf die natürliche Handlungseinheit zurückgeführt [81]).

Diejenigen, die im fortgesetzten Delikt eine juristische Fiktion erblicken, haben seine Erscheinung aus den in der Frage der Bestrafung bestehenden Mißständen des geltenden Rechts und der früheren Strafgesetze heraus erklärt. Wenn die klassische Strafrechtstheorie den Grundsatz „quot crimina tot poenae" als dem Wesen des Strafrechts entsprechend für absolut unumstößlich erklärte, wenn ferner das Kumulationsprinzip nur zögernd und zunächst nur in den Fällen preisgegeben wurde, wo eine Kumulation überhaupt nicht möglich war, dann mußte eine nach wahrer Gerechtigkeit trachtende Rechtsprechung Mittel und Wege finden, um in Fällen, wo der strafrechtliche Gehalt der mehreren vorliegenden Handlun-

---

[78]) Frank § 74 V 1 d: „Jedenfalls hat der Begriff des fortgesetzten Delikts nur insoweit Existenzberechtigung, als der der natürlichen Handlungseinheit nicht zutrifft".

[80]) Buri S. 11, Honig Stud. S. 61, Höpfner I, S. 265; RG. 17, 227; 26, 175; v. Liszt § 55 II 1.

[81]) RG. 15, 23 ff; 18, 317 ff.

gen nicht oder nur um ein geringeres größer war als der einer einfachen Tatbestandsverwirklichung, den richtigen „modus puniendi" zur Anwendung zu bringen [82]) [83]). Buri hat dem mit aller Schärfe dahin Ausdruck verliehen, daß die Entstehung der Lehre von dem fortgesetzten Verbrechen als das Produkt der Verlegenheit erscheine, in welche man durch die falsche Regulierung der Bestrafung der Konkurrenz sich versetzt gefunden habe [84]). Es soll das fortgesetzte Verbrechen zu einer geringeren Bestrafung führen als sie bei Annahme von realer Konkurrenz fixiert werden müßte. Schwierigkeiten aber machte es unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit diejenigen Fälle herauszufinden, denen eine mildere Behandlung, als sie nach den herrschenden Bestrafungsprinzipien möglich war, angemessen schien. Schon im Jahre 1844 hat Breidenbach [85]) diese Schwierigkeiten herausgeschält: Eine genaue, alle künftigen Fälle umfassende, nicht zu weite und nicht zu enge Definition des fortgesetzten Delikts kann nie erfunden werden, weil die Billigkeit, ihrer Natur nach schwankend, von großem Einflusse ist, und eigentlich die Aufgabe darin besteht, bestimmt zu sagen — wann eine Vielheit eine Einheit sein soll! Von den verschiedenen Autoren sind dementsprechend verschiedene Billigkeitsgesichtspunkte herausgestellt worden, die zur Annahme einer fingierten Einheit führen sollen. Eine allgemeine Anerkennung werden sich irgendwelche dieser Kriterien, wie überall da, wo Billigkeitserwägungen hereinspielen, nicht verschaffen.

Gegenüber dieser Auffassung des fortgesetzten Verbrechens als eines Falls „juristischer Handlungseinheit bei natürlicher Handlungsmehrheit" [86]) steht die Auffassung, daß die Einheit des fortgesetzten Delikts eine Erscheinung sei, die der Wirklichkeit angehöre, eine Ansicht, die wir nur ganz flüchtig streifen möchten. Der Begriff erscheint hier nicht als künstliche aus Zweckmäßigkeitsgründen geschaffene juristische Konstruktion, sondern als natürliche Handlungseinheit. Hälschner [86a]) und Bünger [86b]) sind

---

[82]) Diesem Gedanken entstammt auch die lediglich auf die Straffrage zugeschnittene Regelung, die der E. 1913 und der E. 1919 dem fortgesetzten Delikt angedeihen lassen.

[83]) Breidenbach Komm. I, 2 S. 542 f.: „Es gibt Fälle von Verbrechensmehrheit, wo nur aus besonderen Rücksichten der Menschlichkeit mit einer Strafe belegt werden sollen, Rücksichten, welche der Gesetzgeber nehmen muß, will er seinem Werke nicht den Untergang einimpfen, da es Dinge gibt, gegen die sich das Gefühl mit solcher Macht sträubt, daß es auch die stärksten Dämme des Gesetzes bald brechen würde."

[84]) S. 38.

[85]) l. c. S. 545.

[86]) v. Liszt § 55 II 1.

a) Bd. 1, S. 660 ff.

b) S. 671 ff.

dieser Anschauung ohne sich indes über diese Einheitskriterien einigen zu können. Der vornehmste Vertreter dieser Ansicht ist aber das RG. Von ihm wird die auf die natürliche Anschauung gegründete Einheitsvorstellung durch die Hervorkehrung der folgenden Kriterien gerechtfertigt. a) Zunächst ist erforderlich die Einheit des verletzten Rechtsguts d. h. sämtliche einzelnen Tätigkeitsakte müssen sich gegen dasselbe Rechtsgut richten. Hierbei wird die Inkonsequenz begangen, die wir schon oben gerügt haben, daß die Einheit des Rechtsguts sich verschieden beantworte, je nachdem es sich um ein höchst persönliches Rechtsgut handelt oder nicht. Während im allgemeinen die Einheit des Rechtsguts nur generell abgegrenzt werden soll (d a s Eigentum ist verletzt), soll beim Vorliegen eines höchst persönlichen Rechtsguts entscheidend sein die Verletzung einer Spezies (die Gesundheit des X ist beschädigt). b) Erforderlich ist ferner die Gleichartigkeit der Einzelakte, die nicht schon dadurch ausgeschlossen ist, daß das eine Mal ein Qualifizierungsgrund vorliegt, der einem anderen Tätigkeitsakte abgeht. Es genügt, wenn die mehreren Tätigkeitsakte gegen dasselbe Verbot verstoßen, mag dieses auch in verschiedenen Strafgesetzen enthalten sein [87]). c) Voraussetzung für die Annahme eines fortgesetzten Delikts ist endlich die Einheit des Vorsatzes.

Interessant sind im besonderen die Ausführungen des RG. über die Einheit des Vorsatzes. Zunächst ist klar, daß mit der Einheit des Vorsatzes nicht gemeint sein kann, die Absicht bei sich bietender Gelegenheit irgend welche strafbare Handlungen zu begehen. Entscheidend soll aber auch nicht sein der Vorsatz, zu bestimmten Zeiten, an bestimmten Orten bestimmte strafbare Handlungen zu begehen, da sich der einheitliche Entschluß nicht anders ausführen läßt als so, daß sich der Wille zu jeder einzelnen Handlung sukzessiv in besonderen Vorsätzen bestimmt und erst diese Willensbestimmung den subjektiven Tatbestand der Einzelhandlungen bildet. Nach der Entscheidung RG. 13, 285 bleibt auch bei der Feststellung eines Gesamtvorsatzes die Willensaktion für die demnächstigen Ausführungsakte notwendig vorbehalten. Das RG. hat nun selbst erkannt, daß das Erfordernis des einheitlichen Vorsatzes für das fortgesetzte Delikt mit diesen früher aufgestellten Sätzen in einen gewissen Widerspruch tritt. Um den Einklang wieder herzustellen, hat es in der Entscheidung RG. 15, 26 ausgeführt: Bei der Frage der Einheitlichkeit des Vorsatzes sei zu scheiden zwischen einem im voraus gefaßten Entschluß, sukzessiv (zu im voraus ins Auge gefaßten Zeiten oder bei sich bietender Ge-

[87]) RG. 55, 130.

legenheit) mehrere selbständige strafbare Handlungen zu begehen und dem Entschluß, eine strafbare Handlung, wenngleich in fortgesetzter Ausführung dieses einen, alle künftigen Einzelakte umfassenden Beschlusses, zu verüben. Nur im letzteren der beiden Fälle könne vom Vorliegen eines fortgesetzten Delikts die Rede sein. Die Untersuchung darüber, ob die vom RG. herausgeklügelte Unterscheidung des Entschlußinhalts einer tatsächlichen Verschiedenheit entspricht, können wir uns ersparen. Wir stellen ihr gegenüber lediglich fest, daß von einer natürlichen Handlungseinheit, die über den Kreis der von uns oben gezogenen Kriterien hinausreicht, nicht die Rede sein kann [88]). So muß jedes einzelne zur Begründung des fortgesetzten Delikts vorgebrachte Moment bei näherer Betrachtung unter den Händen verschwinden [89]).

Uns bleibt also nur die Erklärung des fortgesetzten Verbrechens als einer aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen heraus praeter, vielleicht sogar contra legem geschaffenen Einheit. Daß auch das RG. in seiner gegenteiligen Meinung nicht ganz sicher geht, das beweist die hin und wieder in seiner Judikatur durchblitzende Erkenntnis, daß das fortgesetzte Delikt eben doch lediglich eine juristische Fiktion ist, die aus den Bedürfnissen der Praxis heraus Hand in Hand von Doktrin und Praxis geschaffen wurde [90]). Man betrachte daraufhin auch einmal die Urteile der unteren Gerichte [91]).

Das fortgesetzte Delikt als Verlegenheitsprodukt einer falschen Strafregelung der lex lata muß natürlich in dem Moment seine Existenzberechtigung verlieren, in dem die falsche Regelung einer dem Rechtsgefühl besser entsprechenden weicht. Nun hat der Entwurf 27 den dem positiven Recht angehörenden Grundsatz, daß Einheit und Mehrheit der Handlung mit Einheit und Mehrheit der Strafe in korrelatem Verhältnis stehen solle, durchbrochen. Auch die Mehrheit von Gesetzesverletzungen, die zugleich Handlungsmehrheit ist, soll de lege ferenda mit einer einheitlichen Strafe belegt werden, soweit die mehreren Gesetzesverletzungen zu einheit-

---

[88]) Liegt aber eine natürliche Handlungseinheit vor, dann haben wir keinen Anlaß von einem „fortgesetzten Delikt" zu reden, dann liegt eben schlechthin eine einzige einheitliche Handlung vor.

[89]) S. 38, Buri.

[90]) RG. 17, 227 ff.; 26, 175 ff.

[91]) In leicht erklärlicher Mentalität suchen die unteren Gerichte zwar die von ihnen als fortgesetztes Delikt angesehenen Fälle den vom RG. herausgearbeiteten Kriterien anzupassen. Der Weg, auf dem man zur Annahme eines fortgesetzten Delikts kommt, ist dabei aber in Wahrheit stets der, daß man vor der scheinbaren Feststellung jener Kriterien sich die Frage vorhält: erheischen Gesichtspunkte der Billigkeit und Zweckmäßigkeit die Annahme einer Einheit?

machen. Die Feststellung, ob Handlungseinheit oder -mehrheit vorliegt, soll also darüber entscheiden, ob am Antragserfordernis für das „Antragsdelikt" festzuhalten ist oder nicht.

Die schärfsten Konsequenzen aus der Unterscheidung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit hinsichtlich der Frage nach dem Gegenstand der Hauptverhandlung und Urteilsfindung zieht indes Goltdammer[104]). Er erkennt zwar, im Gegensatz zum preußischen Obertribunal, das Antragserfordernis als Voraussetzung für die Durchführung des staatlichen Strafanspruchs aus dem Antragsdelikt unbedingt an, aber eine zu strenge Auffassung des dem § 73 StGB. zugrundeliegenden Absorptionsgedankens führt ihn zu der Ansicht, daß bei idealer Konkurrenz von Antrags- und Offizialdelikt entweder das eine oder das andere Strafgesetz völlig absorbiert werde. Ist das Offizialdelikt mit strengerer Strafe bedroht als das Antragsdelikt, so steht der Anwendung der Strafdrohung des ersteren nichts im Wege. Das mit der geringeren Strafe bedrohte Antragsdelikt bleibt aber gänzlich unberücksichtigt. Einmal wegen des mangelnden Strafantrags und zum zweiten deshalb, weil es eben völlig absorbiert wird. Der Umkehrschluß aus dieser Ansicht führt dann Goltdammer dazu, die Möglichkeit der Bestrafung der ideell konkurrierenden Delikte überhaupt zu leugnen, wenn das Antragsdelikt mit schwererer Strafe bedroht ist als das Offizialdelikt und wegen des ersteren ein Antrag auf Bestrafung nicht gestellt wurde. Hier hindert an der Verfolgung des Antragsdelikts der mangelnde Antrag; die Verfolgung des Offizialdelikts wird durch den Absorptionsgedanken illusorisch gemacht. Der Ansicht Goltdammers kann schon für das geltende Recht nicht beigepflichtet werden. Wir achten, daß in diesen Fällen eine Anwendung des § 73 StGB. überhaupt nicht in Frage steht. Die Absorption des § 73 StGB. ist — worüber noch zu sprechen sein wird — keine Absorption der Strafgesetze, sondern lediglich eine nach dem richtigen modus puniendi trachtende Absorption der Strafdrohungen. Selbstverständlich kann aber eine Absorption überhaupt nur dann stattfinden, wenn die mehreren Gesetze auch tatsächlich anwendbar sind und die Verwirklichung mehrerer Strafdrohungen in Frage steht. Gegenüber dem Standpunkt, den der Entwurf 27 in dieser Frage einnimmt, ist überhaupt kein Raum mehr für die Goltdammer'sche Ansicht. In seinem § 65 fordert der E. 27 ausdrücklich die Anwendbarkeit der mehreren verletzten Strafgesetze zur Bildung der Einheitsstrafe.

Bei näherer Betrachtung erweisen sich auch die Ansichten des preußischen Obertribunals bzw. des RG. als wenig stichhaltig. Was

---

[104]) Goltdammer Arch. Bd. 19, S. 309 und Hälschner S. 685 f.

die Ansicht des Obertribunals anlangt, so hat sich die gemeine Meinung mit Recht gegen „diese Silbenstecherei schlimmster Art“ [105]) gekehrt und betont, daß das Antragserfordernis nicht nur Bedingung für die Einleitung der Verfolgung, sondern auch für deren Fortsetzung sei. Die ratio, die den Gesetzgeber veranlaßt, die Verfolgung gewisser Delikte von dem Antrag des Verletzten abhängig zu machen, ist im wesentlichen eine Kollision vom Gesetzgeber anerkannter Interessen des Verletzten an etwaiger Geheimhaltung seiner Verletzung mit dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung jeglichen asozialen Tuns. Soweit der Gesetzgeber dem privaten Interesse überwiegendes Gewicht einräumt, läßt er die Verfolgung nur auf einen entsprechenden Antrag des Verletzten zu. Der Interessengegensatz hinsichtlich des Antragsdelikts bleibt aber bestehen auch dann, wenn die Verfolgung der das Antragsdelikt realisierenden Handlung aus einem anderen Gesichtspunkt heraus betrieben wird. Der Antrag ist nicht nur Bedingung für den Eintritt der Verfolgbarkeit, sondern für die Verfolgbarkeit schlechtweg. Dies gilt nicht nur bezüglich der Delikte, bei denen das Antragserfordernis seinen Grund in Interessen der Verletzten hat, sondern auch bezüglich der Delikte, wo das Antragserfordernis in der Geringfügigkeit des Delikts begründet ist. § 260 Abs. II StPO., der von der Einstellung des Verfahrens bei mangelndem Strafantrag handelt, zeigt deutlich, daß das Vorliegen eines Strafantrags essentielles Erfordernis nicht nur für den Beginn, sondern auch für die Durchführung des staatlichen Strafanspruchs bildet. Auch dieser Ansicht entzieht der E. 27 jeglichen Boden unter den Füßen, indem er von einer „Einwilligung“ des Verletzten statt von einem Antrag spricht. Hier ist mit jeden Zweifel ausschließender Deutlichkeit klargelegt, daß die Bestimmung, ob eine Strafverfolgung stattfinden soll oder nicht, dem Belieben des Verletzten oder der sonstigen Einwilligungsberechtigten überlassen sein soll.

Anlangend endlich die Ansicht des RG. sind wir ebenfalls anderer Meinung. Sinn und Zweck der Hauptverhandlung gehen dahin, die Unterlagen für das Urteil zu schaffen. Nur von diesem Gesichtspunkt aus kann an die Frage herangegangen werden, welche Tatsachen das Gericht einer Prüfung und Würdigung zu unterziehen hat. Nur innerhalb der Grenzen dieses Gesichtspunkts ist es zu einer Würdigung des historischen factum's verpflichtet und auch berechtigt.

Unsere eigene Meinung geht dahin, daß das ideell konkurrierende Antragsdelikt insofern überhaupt keinen Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung bildet, als es des Antrags er-

[105]) Höpfner II, S. 162.

mangelt. Mag nun ein Fall der idealen oder der realen Konkurrenz vorliegen, stets wird der Richter das historische Geschehen nur unter dem Gesichtspunkt des Offizialdelikts einer rechtlichen Würdigung unterziehen. Wenn die gesetzlichen Tatbestände des StGB. die Bedingung enthalten: „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein", dann heißt das nicht, das historische factum darf nur verfolgt werden, wenn der Antrag gestellt ist, sondern das Antragserfordernis bezieht sich nur auf die Verfolgung der Tat unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Antragsdelikts [106]). Weder die ratio legis noch Gebote der Vernunft und Logik zwingen also den Richter, sich bei der Frage nach dem Gegenstand der Hauptverhandlung und Urteilsfindung dahin auszusprechen, wann sich das historische factum vom Standpunkt des natürlichen Betrachters aus als Handlungseinheit bzw. Handlungsmehrheit darstellt.

Der zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bestehende Unterschied findet aber bei der Frage, was Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung bilden soll, nach herrschender Meinung seinen Ausdruck nicht nur bezüglich des Gegensatzes von Ideal- und Realkonkurrenz, sondern — sofern man diesen Begriff überhaupt anerkennt — auch zwischen „fortgesetztem Delikt" und gleichartiger Realkonkurrenz. Die herrschende Meinung, die in dem fortgesetzten Delikt eine natürliche Einheit erblickt, betrachtet unbedenklich alle Teilakte des fortgesetzten Delikts als Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung, auch wenn nur wegen eines oder einiger Teilakte die Anklage erhoben worden ist. Allein, wenn schon das fortgesetzte Delikt eine natürliche Handlungseinheit ist und der Feststellung des erkennenden Richters, daß eine neu ermittelte Einzelhandlung in den Kreis der Deliktseinheit falle, grundsätzlich nur deklaratorische Bedeutung zukommt [107]), weckt doch der Ausdruck „Tat" Zweifel an dieser Ansicht. Wir haben oben festgestellt, daß die Begriffe „Handlung" im materiell-rechtlichen Sinne und „Tat" im prozessualen Sinne einander nicht entsprechen. Die Ansicht, daß mit der Anklage eines einzigen Tätigkeitsaktes „die gesamte fortgesetzte Tätigkeit des Beschuldigten in iudicium deduziert" [108]) sei, bedürfte eigentlich näherer Erläuterung. Dieses Ergebnis, so wünschenswert und praktisch es auch erscheinen mag, läßt sich jedenfalls aber dann nicht erzielen, wenn man mit uns der Ansicht ist, daß die gemeinhin als fortgesetztes Delikt angesehenen Fälle ihrer wahren Natur nach Fälle von Handlungsmehrheit sind. Es können nach unserer Ansicht nur diejenigen Tätigkeitsakte des „fortgesetzten Delikts",

[106]) Ebenso Höpfner II, S. 163.
[107]) [108]) Bockshammer S. 18.

die innerhalb des angeklagten factum liegen, Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung sein. Damit erübrigt sich aber auch eine Unterscheidung zwischen den Fällen der gleichartigen Realkonkurrenz und des „fortgesetzten Delikts" für die Frage nach dem Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung.

So sehr auch dieses Ergebnis dem Ziel unserer Untersuchungen: die mangelnde Notwendigkeit einer Unterscheidung von Handlungseinheit und -mehrheit für den Bereich des E. 27 nachzuweisen, förderlich sein mag, so wenig befriedigend ist — das muß unverhohlen zugegeben werden —, daß die in Frage stehenden Fallgestaltungen nicht einheitlich verhandelt und abgeurteilt werden können. Wollte man zu einem allseits befriedigenden Ergebnis gelangten, so müßte aus dem positiven Recht die Beschränkung der Verhandlung auf die „nackte Tat" überhaupt gestrichen werden. Auch die Fälle der unbestrittenen realen Konkurrenz verlangen eine Neuregelung des Prozeßrechts in diesem Punkt. Ganz allgemein gesprochen kann das Prinzip der Einheitsstrafe, das uns der E. 27 bringt, nicht ohne Einfluß bleiben auf die Frage nach Gegenstand und Umfang der Verhandlung und Urteilsfindung. Die Einheitsstrafe des E. 27 wird ihres Hauptwerts und ihrer ratio, die auf Aburteilung des gesamten asozialen Verhaltens des Täters abzielt, nahezu völlig entkleidet, wenn die mehreren konkurrierenden Gesetzesverletzungen nicht auch einheitlich abgehandelt werden können und der die Einheitsstrafe festsetzende Richter sich ein Gesamtbild des asozialen Verhaltens des Täters zu bilden in der Lage war. Um diesem offenbaren Bedürfnis nachzukommen, wird man vielleicht vorschlagen, der Richter solle befugt und verpflichtet sein, ganz generell bei neu zutage tretenden Gesetzesverletzungen — mögen diese sich als Fälle der Ideal- oder Realkonkurrenz oder des sog. fortgesetzten Delikts darstellen — die Hauptverhandlung und Urteilsfindung auf sämtliche nova in tatsächlicher und rechtlicher Richtung zu erstrecken. Weil sich hierbei häufig Schwierigkeiten aus der mangelnden Vorbereitung seitens des Gerichts, seitens der Anklage oder seitens der Verteidigung ergeben würden, möchte etwa dem Gericht die Befugnis vorbehalten bleiben nach Belieben oder auf übereinstimmenden Antrag der Anklage und Verteidigung die Hauptverhandlung zwecks Vorbereitung des Prozeßstoffes zu vertagen. Eine Verzögerung und Verteuerung des Prozesses mag mitunter die Folge sein, aber dem gegenüber steht der gewaltige Vorteil der Einheitsstrafe. Der § 65 E. 27 enthält kriminalpolitische Tendenzen von großem Gewicht, die nicht durch schwerfällige prozessuale Grundsätze verkümmert werden dürfen. Die vorgeschlagene Regulierung schafft — woran der Angeklagte im allgemeinen ebenfalls stark interessiert ist —

die höchst wünschenswerte Möglichkeit, in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung in einer Hauptverhandlung reinen Tisch zu machen.

§ 8.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Frage nach dem Umfang der Rechtskraft.

I. Im vorigen Paragraphen haben wir uns mit der Frage der Identität der Tat im Verhältnis von Anklage zu Urteil beschäftigt; im folgenden soll die Identität der Tat im Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage Gegenstand unserer Untersuchung sein. Der Grundsatz, daß eine Straftat, über die durch formell rechtskräftiges Urteil entschieden worden ist, gegen dieselbe Person nicht erneut zum Gegenstand einer Verfolgung gemacht werden darf, hat im positiven Strafprozeßrecht eine ausdrückliche Hervorhebung nicht erfahren. Wenn gleichwohl für den Bereich der StPO. ein Verbrauch der Strafklage durch ein formell rechtskräftiges Urteil allseitige Anerkennung findet, so darf das nicht zu dem Schluße verführen, daß der Gedanke, daß nach eingetretener Rechtskraft eines Urteils eben wegen dieser Rechtskraft eine erneute Verfolgung der Tat unter demselben oder andern rechtlichen Gesichtspunkten nicht mehr möglich ist, einem Gebote logisch-vernünftiger Notwendigkeit entspringe. Die rückhaltslose Anerkennung des Grundsatzes „ne bis in idem" in Literatur und Judikatur entspringt vielmehr der Erkenntnis, daß die lex lata das Prinzip des Strafklageverbrauchs anerkennt, obwohl sie sich einer ausdrücklichen Bestimmung darüber enthält.

Zur Argumentierung dieser Ansicht führt man an, daß die StPO. in ihrem 4. Buche sich mit der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens befasse und diesen Rechtsbehelf nur in einem geringen, genau umgrenzten Umfange zulasse. Der Inhalt dieses Buches bleibt unverständlich, wenn man nicht von der Existenz des Satzes „ne bis in idem" ausgeht, dessen Geltung gerade durch die ihn voraussetzende Regelung des 4. Buches der StPO. in einigen Fällen ausgenommen sein sollte.

Daneben wird aber der Verbrauch der Strafklage durch ein formell rechtskräftiges Urteil vor allem aus den Bestimmungen über den Gegenstand der Urteilsfindung gefolgert. Nach den Motiven [109]) zur StPO. „beruhen die Vorschriften der §§ 263, 264 (jetzt

[109]) Motive zur StPO. S. 154. Hahn, Materialien S. 207.

264, 265) StPO. gerade auf dem Zwecke, dem Richter die Anwendung des Grundsatzes (ne bis in idem) in vollem Umfange zu ermöglichen und es auszuschließen, daß ein und dieselbe Tat, ein und derselbe Vorgang wiederholt zum Gegenstand einer Anklage gegen dieselbe Person" gemacht werde [110]). Nach Ansicht des RG. lassen sich die Bestimmungen über den Gegenstand der Urteilsfindung auch nur erklären, wenn man vom Verbrauch der Strafklage durch ein rechtskräftiges Urteil ausgeht. Könnte nämlich ein und dieselbe Tat wiederholt zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werden — so führt das RG. aus —, dann hätte der Gesetzgeber keinen Anlaß genommen, dem Richter die Möglichkeit in die Hand zu geben und auch die Pflicht aufzuerlegen von Anklage und Eröffnungsbeschluß abzuweichen, wenn in der Hauptverhandlung neue Gesichtspunkte auftauchen.

Das Verhältnis dieser beiden Prinzipien zueinander, d. h. die Frage, wie die Identität der Tat im Verhältnis von Anklage zu Urteil sich zur Identität im Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage verhält, ist vom RG. dahin bestimmt worden, daß beide Grundsätze gleich weit reichen [111]). Als Korrelat des Grundsatzes, daß die Tat unter dem Gesichtspunkt sämtlicher idealiter konkurrierender Delikte abgeurteilt werden muß, gilt das Prinzip, daß, wenn eine Tat auf Grund mündlicher Verhandlung abgeurteilt ist, einer nochmaligen Verfolgung der Tat gegen denselben Täter der Grundsatz ne bis in idem entgegensteht [112]).

Diese Ausdehnung, die die gemeine Meinung grundsätzlich der materiellen Rechtskraft einzuräumen pflegt, hat sich aber in verschiedenen Richtungen eine Einschränkung gefallen lassen müssen. Im Anschluß an die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals hat das RG. die Anwendbarkeit des Grundsatzes ne bis in idem für den Fall ausgeschlossen, daß der Richter von der erschöpfenden Würdigung des factum durch ein rechtliches Hindernis abgehalten wurde. Dabei wird betont, die notwendige Grundlage für den Klageverbrauch bilde die Anerkennung der Befugnis des Richters, die ihm zur Aburteilung vorgelegte Tat in ihrer wirklichen Gestaltung frei zu ermitteln. Es wäre widersinnig, wollte man von vorneherein den Eintritt der Rechtskraft nicht nur bezüglich der etwa zufällig ungeprüften, sondern überhaupt der unprüfbaren Gesichtspunkte bejahen. Wo der Richter bei der Erfassung des kriminellen Gehalts des factum von der Rechtsordnung in Grenzen eingezwängt wird, die ihm eine erschöpfende Würdi-

---

[110]) RG. 20, 80.
[111]) Ebenso von Kries, Lehrbuch S. 599; Bockshammer S. 3.
[112]) Vgl. hierzu RG. 15, 9; 23, 7; 25, 27; 28, 283.

gung der Tat nach allen Richtungen nicht gestattet, da muß auch die materielle Rechtskraft ihr Ende finden [113]).

Von der Behauptung der Unanwendbarkeit des Grundsatzes ne bis in idem für den Fall der rechtlichen Unmöglichkeit allseitig erschöpfender Beurteilung der Tat macht das RG. alsbald wieder eine Unterausnahme. Da der Nachdruck bezüglich des Umfangs des Strafklageverbrauchs — wie bezüglich der Frage nach Gegenstand und Umfang der Hauptverhandlung und Urteilsfindung — vom RG. darauf gerichtet wird, ob dem Richter im ersten Verfahren ein nach allen Seiten erschöpfende Erörterung der Tat rechtlich möglich war, kommt es zu dem Ergebnis, daß im wichtigsten und häufigsten Fall, in dem ein rechtliches Hindernis der Aburteilung der Tat unter allen ihren rechtlichen Gesichtspunkten entgegensteht, ein Verbrauch der Strafklage doch eintritt. Wenn nämlich ein Offizial- und ein Antragsdelikt idealiter konkurrieren und das factum, ohne daß vor oder während der Hauptverhandlung ein Strafantrag gestellt wurde, zur Aburteilung gelangt, so kann der Richter nur auf Grund des Offizialdelikts schuldig sprechen. An der Aburteilung der Tat unter dem Gesichtspunkt des konkurrierenden Antragsdeliktes ist der Richter aber gehindert durch ein von der Rechtsordnung geschaffenes Hindernis, das Erfordernis des die Strafverfolgung bedingenden Antrags, an dem es gerade mangelt. Da aber maßgebend nach Ansicht des RG. nicht die Befugnis des Richters zur Aburteilung des factum, sondern nur die Befugnis zu erschöpfender Erörterung sein soll, ist die Anerkennung des Strafklageverbrauchs für das in der Strafe nicht berücksichtigte Antragsdelikt jedenfalls kein logischer Widerspruch mit der Ansicht des RG. von der den Strafklageverbrauch ausschließenden Wirkung eines rechtlichen Hindernisses.

Eine Stütze seiner Ansicht über den Verbrauch der Strafklage hinsichtlich des Antragsdelikts glaubt das RG. [114]) im § 375 Abs. III StPO. finden zu können. In dieser Gesetzesbestimmung spricht sich der Gesetzgeber ganz klar darüber aus, daß ihm der Schutz des Angeklagten gegen wiederholte Verfolgung wegen desselben factum höher stehe, als das Recht des Verletzten sich wegen der ihn verletzenden Tat nach Belieben Genugtuung zu verschaffen [115]). Es wird nämlich in dem Fall, daß wegen derselben Tat mehrere Personen zur Privatklage berechtigt sind, aber nur eine von ihnen zunächst Privatklage erhoben hat, durch eine in der Sache selbst ergangene Entscheidung ein Verbrauch der Privatklageberechti-

---

[113]) Vgl. insbesondere RG. 49, 274. Köhler S. 180. Binding Hdb. I, S. 633 ff.

[114]) RG. 3, 384 (386—389).

[115]) Vgl. Mot. z. E. einer StPO. § 337 (Hahn Mot. 1, 271).

gungen auch bezüglich derjenigen zur Privatklage Berechtigten bewirkt, die dem Verfahren nicht beigetreten sind. Trotzdem hier eine rechtliche Unmöglichkeit vorliegt, in dem Privatklageverfahren eine Verletzung des Nichtklägers zu berücksichtigen, wird hier der Verbrauch der anderen Privatklageberechtigungen ausdrücklich ausgesprochen.

Diese Stütze der Ansicht des RG. hat man alsbald zu untergraben gesucht. Binding[116]) sucht — gleichfalls davon ausgehend, daß ein rechtliches Hindernis der Aburteilung der Tat unter jedem konkurrierenden Gesichtspunkt einen Strafklageverbrauch nicht bewirke — den § 375 Abs. III (früher § 415 Abs. III) StPO. einschränkend dahin zu interpretieren, daß er behauptet, dieser Paragraph habe nicht den Fall einer Verletzung mehrerer Personen im Auge, sondern lediglich den Fall, daß wegen einer und derselben Verletzung mehrere Personen selbständig (z. B. §§ 189, 195, 196, 232 StGB.) antragsberechtigt seien. Aber diese Beschränkung des Gesetzes auf die Fälle der mehrfachen Berechtigung aus einer Verletzung ist schlechterdings nicht gerechtfertigt. Schon der Wortlaut des § 375 Abs. III StPO. gibt für diese Auslegung nicht den mindesten Anhaltspunkt. Man ist zu dieser Ansicht gekommen, weil man aus prinzipiellen Gründen mit der Regelung des Gesetzes unzufrieden war. Die Ansicht Binding's findet ihre glatte Widerlegung im historischen Werden dieser Stelle. Das hat das RG. in der Entscheidung 3, 385 überzeugend dargetan. Wenn man schon einem rechtlichen Hindernis erschöpfender Behandlung der Tat insofern Rechnung trägt, daß man den Strafklageverbrauch verneint, so erfordern eben diese Sätze die Anerkennung einer Unterausnahme.

Eine weitere Einschränkung hat sich der Bereich des Grundsatzes ne bis in idem von der Judikatur des RG. gefallen lassen müssen, was den amtsrichterlichen Strafbefehl anlangt. Das RG. fordert für die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem in formeller Beziehung ein auf Grund einer Hauptverhandlung ergangenes Urteil. Dazu führt es aus: Wenn dem Gerechtigkeitsprinzip gegenüber die Billigkeitsgrundsätze, den Angeklagten nicht einer wiederholten strafrechtlichen Prozedur zu unterwerfen, in dem Grundsatze ne bis in idem die Oberhand gewonnen haben, so ist die notwendige Grundlage für diesen Sieg „die Anerkennung der Befugnis des Richters, die ihm zur Aburteilung vorgelegte Tat in ihrer wirklichen Gestaltung frei zu ermitteln und nach dem Ergebnisse der ihm zustehenden umfassenden Verhandlung zu beurteilen". Diese Voraussetzungen hält das RG. beim amtsrichterlichen

[116]) Hdb. S. 633, N. 6, S. 635. Kohlrausch S. 65. Oetker Konk. S. 235.

licher Strafe zusammentreffen. Dabei gibt der in § 66 E. 27 gezogene Strafrahmen die Möglichkeit, jeden kriminellen Gehalt der mehreren Gesetzesverletzungen mit entsprechender Strafanwendung zu würdigen. Mit dieser Regelung ist der Weiterexistenz des fortgesetzten Verbrechens der Boden entzogen. Wenn Honig[92]) darzutun sucht, daß mit einer rationelleren Behandlung der Konkurrenz in der Straffrage allein dem Bedürfnis der Hilfskonstruktion des fortgesetzten Delikts noch nicht abgeholfen sei, weil prozessuale Gründe dem Verzicht auf den Begriff entgegenstünden, so werden wir im folgenden (§ 7 und 8) darzutun suchen, daß diese prozessualen Gründe (wenn solche überhaupt vorhanden sind) einer gesunden Fortenwicklung der Konkurrenzlehre hintanzustehen haben.

[92]) Stud. S. 66.

II. Teil.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit außerhalb des „Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen“ (Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen).

§ 6.

Hat die Gleichstellung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit in § 65 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 über die Strafbemessung hinausgehende Bedeutung?

Die Regelung des Entwurfs 27 § 65 ist im allgemeinen begrüßt worden, weil sie den unhaltbaren Unterschied von Realkonkurrenz und Idealkonkurrenz, der in der Bestimmung der Höhe seines Einflusses auf die Strafe „eine Musterkarte der Systemlosigkeit und Willkür“ war [93]), beseitigt hat. Die Bestimmung des § 65 E. 27 hat aber sofort wieder Material geliefert zu wissenschaftlichem Streit darüber, welche Tragweite der Regelung zuzuerkennen sei. Während die einen glauben, der Gesetzgeber wolle mit seiner Neuregelung überhaupt auf die Begriffe „Ideal- und Realkonkurrenz“ verzichten [94]), beziehen die andern die Regelung des Entwurfs nur auf die Aufhebung einer unterschiedlichen Behandlung in der Strafrage und glauben, daß im übrigen die begriffliche Scheidung in verschiedene Kategorien mit allen ihren Schwierigkeiten und Zweifeln der Abgrenzung beibehalten sei [95]).

Das geltende Strafgesetzbuch und auch der E. 27 haben den Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit nur bezüglich eines — allerdings hervorstechenden — Punktes einer ausdrücklichen Regelung unterzogen, nämlich bezüglich der Frage der Strafzumessung. Die Unzuträglichkeiten, die sich in der Regelung des positiven Rechts herausstellten, haben zu der wieder und

---

[93]) Vgl. Wach, vgl. Darst. Allg. Teil, Bd. VI, S. 82.
[94]) Lobe, J.W. 1925, S. 882: „Von Gesetzeskonkurrenz, Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz weiß der Entwurf (1925) nichts mehr.“
[95]) Über die Idealk. S. 46. Coenders.

wieder mit wachsendem Nachdruck erhobenen Forderung geführt: Das Gesetz müsse die Fälle der Ideal- und Realkonkurrenz einfacher als bisher regeln. Insbesondere — darauf wird der Nachdruck gelegt — müsse es für beide Fälle dieselben genügend weiten Strafrahmen zur Verfügung stellen[96]). Diesem letzteren Postulat trägt nun auch der E. 27 im vollen Umfange Rechnung. So klar demnach der Stand der Dinge zu sein scheint, es taucht doch eine Unklarheit auf von gewichtiger Bedeutung. Die Frage nach dem Vorliegen einer Handlungseinheit bzw. Handlungsmehrheit ist nämlich nicht nur von Bedeutung in dem vom Strafgesetz ausdrücklich geregelten Fall der Strafzumessung, sondern spielt auch eine Rolle in einer ganzen Reihe von Fragen des materiellen und prozessualen Rechts. Hier werden Bedenken wach, ob der allgemeine Gedanke, den der Gesetzgeber de lege ferenda mit seiner Neuregelung der Konkurrenzfrage verfolgt, hier ebenfalls dazu führen soll, die seither notwendig gewesene Unterscheidung der Konkurrenzformen aufzuheben. Oberflächliche Betrachtung wird diesen Gedanken ohne weiteres von der Hand weisen. Diese Betrachtung wird sich darauf stützen, daß diese Regelung doch ausdrücklich auf die Straffrage beschränkt sei, daß der Entwurf in seiner Begründung nur solche Momente heranziehe, die eine Aufhebung der Unterscheidung in der Straffrage rechtfertigen und daß der Ansicht, der Entwurf bezwecke eine völlige Beseitigung der Konkurrenzformen und -folgen, schon der Umstand entgegenstehe, daß die Fassung des § 65 E. 27 weiterhin eine begriffliche Scheidung der Konkurrenzformen aufweise. So einleuchtend diese Gründe auf den ersten Blick erscheinen mögen, vermögen sie doch nicht die entstandenen Zweifel völlig einzudämmen.

Es sind drei Sätze, die die Begründung des E. 27 zur Neuregelung der Konkurrenzformen anzieht. Zunächst wird angeführt: „Nach einem österreichischen Vorschlag verzichtet der Entwurf darauf, grundsätzlich verschiedene Regeln für die Strafbemessung aufzustellen." Eindeutig erhellt hier der Kern der Neuregelung: Die Unbilligkeiten, die eine formalistische Unterscheidung der Konkurrenzfälle unvermeidlich im Gefolge hat, sollen vermieden werden. Die Ansicht, daß die Neuregelung Bedeutung beanspruche über die Frage der Strafbemessung hinaus, findet hier keine Unterlage.

Etwas positiver in dieser Richtung lautet der zweite Satz der Begründung: „Die Verschiedenheiten der Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz ist schon seit langem in der Wissenschaft angefochten." Zunächst ist auch von der Wissenschaft das Postulat

[96]) So der III. deutsche Richtertag.

nach einer Neuregelung des „Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen" allerdings nur dahin erhoben worden, die ungute Unterscheidung des positiven Rechts durch den Grundsatz eines einheitlichen Strafrahmens aufzuheben. Indes haben sich die Forderungen der Wissenschaft nicht allein auf die Strafbemessung beschränkt. Vielfach hat man das Verlangen auch dahin gestellt, dem Richter die „Untersuchungen schwieriger und zeitraubender Art" über das Vorliegen einer Handlungseinheit zu ersparen, zumal nicht selten diese Frage nur durch die Intuition des Einzelnen gelöst werden kann und „der Zweifel über die Zugehörigkeit der Fälle zu der einen oder andern Kategorie die Veranlassung oder die Handhabe" ist, die Sache durch mehrere Instanzen zu treiben [97]). Daß der Gesetzgeber auch diesem Gesichtspunkt Rechnung getragen hat, wird uns klar, wenn wir uns den dritten Satz der Begründung vergegenwärtigen: „Die Schwierigkeiten, die bei der oft zweifelhaften Abgrenzung der beiden Konkurrenzformen voneinander zu überwinden sind, stehen meist in keinem Verhältnis zu dem praktischen Wert der Unterscheidung." Zuzugeben ist, daß auch hier der Gesetzgeber zunächst wohl nur an die Frage der Strafbemessung gedacht hat. Der „gewisse" praktische Wert einer Unterscheidung, der in diesem Satz der Begründung anerkannt wird, wird ohne Zweifel ebenfalls in der Richtung der Strafzumessung zu suchen sein und liegt in der Differenz an kriminellem Gehalt, die die Idealkonkurrenz im Normalfall gegenüber der Realkonkurrenz aufweist, jener Differenz, die sich bei der Bemessung der Schuld daraus ergeben soll, ob der natürlichen Betrachtung die mehreren Gesetzesverletzungen als eine oder mehrere Handlungen erscheinen. Gerade diese kriminelle Differenz, die im positiven und den früheren Rechten den Gesetzgeber zu seinem günstigen Vorurteil für die Idealkonkurrenz bestimmt hat. Jene Differenz an kriminellem Gehalt, die, wie wir oben nachzuweisen versucht haben, zwar nicht durch eine mathematische oder mechanische Regelung erfaßt werden kann, da sie starken Schwankungen nach beiden Richtungen ausgesetzt ist, aber im Einzelfall als Strafzumessungsgrund mitunter von erheblicher Bedeutung sein kann.

Man erinnere sich: Wir wollten mit unseren obigen Ausführungen lediglich dartun, daß über den Unterschied in der Strafzumessung keine regula fixa aufgestellt werden könne. Damit war noch keineswegs gesagt, daß die Ausnützung der sich nach der Lage des Einzelfalls ergebenden Differenz des kriminellen Gehalts zwischen Ideal- und Realkonkurrenz in der strafrechtlichen Bewertung der mehreren Gesetzesverletzungen unausgenützt bleiben

[97]) Coenders, Über die Idealk. S. 10 und S. 45.

solle und dürfe. Wir leugnen nicht, daß im Einzelfall die kriminelle Differenz — nach beiden Seiten — so groß sein kann, daß ihre Ignorierung einen nicht gering zu achtenden Verzicht auf eine dem wahren Wert des Verschuldens entsprechende Würdigung bedeutet.

Diesen Verzicht will der Gesetzgeber bringen, um dem Richter die schwierige Untersuchung darüber zu ersparen, wann Handlungseinheit und wann Handlungsmehrheit vorliegt. Daß das Streben nach einer dem wahren Verschulden entsprechenden Würdigung und Sühnung der strafbaren Handlung zu den ersten Aufgaben des Gesetzgebers gehört, wird niemand leugnen. Es besteht kein Anlaß zu zweifeln, daß der Gesetzgeber im E. 27 sich dessen nicht bewußt gewesen wäre. Wenn er dennoch auf eine Auswertung jener Differenz verzichtet, dann bedeutet das soviel, daß er gewillt ist, dem Richter die Entscheidung, ob Handlungseinheit oder -mehrheit vorliegt, zu ersparen, auch wenn es an anderer Stelle Opfer kostet.

Mit dieser Erkenntnis wächst aber die Bedeutung der §§ 65 ff. E. 27 über die Regelung der Bestrafungsprinzipien hinaus. Der hier zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzes, jene Unterscheidung zu erübrigen, hat auch an anderer Stelle mindestens insofern Geltung zu beanspruchen, als er nicht größere Opfer verlangt. Wir sind der Meinung, daß der E. 1927 die Bedeutung der Konkurrenzfrage auf anderen Gebieten als dem der Strafzumessung nur übersehen hat. Wäre man sich bei der Abfassung des E. 27 darüber im klaren gewesen, inwieweit — außerhalb der Frage nach dem richtigen modus puniendi — die Konkurrenzformen eine Rolle spielen, dann hätte man das mit genügender Deutlichkeit hervorgehoben. Man entgegne unserer Ansicht nicht mit dem Hinweis auf die einschlägigen prozessualen Bestimmungen. Wir werden darzutun suchen, daß schon die geltenden Bestimmungen der Strafprozeßordnung bei richtiger Auslegung eine Entscheidung über Handlungseinheit bzw. -mehrheit vom Richter nicht in dem Umfange, wie es gemeinhin behauptet wird, verlangen. Außerdem sind die in Frage stehenden Bestimmungen der StPO. keine Rechtsregeln, die a priori Geltung beanspruchen. Eine notwendig Hand in Hand mit der Reform des Strafgesetzes gehende Reform der StPO. müßte auch hier den Einklang wieder herstellen.

Die Bahn, die der Gesetzgeber in der Richtung der Beseitigung der Konkurrenzfrage beschritten hat, ist, wenn man die Erkenntnis gewonnen hat, daß oft die zufälligsten Umstände des täglichen Lebens darüber entscheiden, wann Handlungseinheit und wann Handlungsmehrheit vorliegt, wenn man sich ferner vergegenwärtigt, wie schwierig, ja mitunter geradezu unmöglich es ist, eine Grenze zu finden, der rechte Weg in einer Weiterentwick-

lung des Strafrechts, die sich weniger in juristischen Begriffskünsteleien ergeht als praktischen Erfordernissen Rechnung trägt.

Unsere Aufgabe ist es, jetzt zu untersuchen, ob der Gesetzgeber seinem Willen entsprechend auf die der natürlichen Erscheinungswelt entnommenen Konkurrenzformen auch außerhalb der Frage nach der Strafbemessung verzichten kann, eine Frage, der sich die Literatur, abgesehen von einigen wenigen spärlichen Bemerkungen, noch kaum angenommen hat.

§ 7.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Frage nach dem Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung.

Die Frage nach der Identität der verbrecherischen Tätigkeit, die uns oben in § 2 und § 3 beschäftigt hat, interessiert uns nicht nur in der Richtung, welche einzelnen Tätigkeitsakte zu einem einheitlichen Gegenstand der Bestrafung zusammengefaßt werden sollen, sondern auch dahin, welchen Ausschnitt des historischen Geschehens das Gericht zum Gegenstand des Hauptverfahrens und der Urteilsfindung zu machen hat. Während die erstere Frage darauf abzielt, wie die eine „Handlung" von einer andern „Handlung" abzugrenzen ist, handelt es sich hier um die Individualisierung des historischen Geschehens.

Wenn die StPO. den Grundsatz aufstellt, daß zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluß einerseits und Eröffnungsbeschluß und Urteil andererseits Identität der Tat vorliegen müsse, so bedeutet das die Beschränkung des Gerichts, eine andere als die im Eröffnungsbeschluß genannte „Tat" zum Gegenstand seiner Untersuchung zu machen. Das Gericht darf z. B., wenn der Beschluß nur eine Tat betrifft, andere Taten auch dann nicht aburteilen, wenn es sich bei ihnen lediglich um eine Wiederholung desselben Straffalles handelt[98]).

Wie weit reicht nun der Begriff einer Tat im Sinne des § 264 StPO.? Das Gesetz selbst läßt bei der Beantwortung dieser Frage im Stich. Kohlrausch[99]) meint, daß sich unter dem Begriffe „Tat" zunächst alles verstehen lasse. Nach dieser Behauptung liegt es nahe, daran zu denken, daß eine „Tat" der gesetzlichen Tatbestandsverwirklichung entsprechen soll. Jedoch leuchtet die Ansicht nicht ein, daß die „Tat" ein den gesetzlichen Tatbeständen

[98]) Löwe-Rosenberg, § 264, 2.
[99]) S. 56.

des materiellen Rechts entsprechender Ausschnitt aus den Lebensäußerungen des Täters (crimen, fait qualifié) sein soll. Ganz abgesehen davon, daß schon der Ausdruck „Tat" die Annahme begründet, daß man es hier nicht mit einem juristisch-technischen Begriffe zu tun hat, müßte die Behauptung zu der Folge führen, im Falle der Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Taten anzunehmen. Die gemeine Meinung in Literatur und Praxis findet deshalb den Begriff der „Tat" auf außerstrafrechtlichem Boden und zwar in dem historischen Vorkommnis. Die Identität der Tat erfordert demnach, daß im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil dasselbe historische Vorkommnis, d. h. entweder dasselbe konkrete Tun des Angeklagten oder doch seine, wenngleich in einem andern Tun bestehende Beteiligung an demselben Vorgange, welcher die Substanz der Anschuldigung bildet, vorliegt [100]).

Es muß von vorneherein zugegeben werden, daß die Feststellung der Identität der Tat im Sinne eines historischen Vorkommnisses mitunter nicht unerheblichen Schwierigkeiten begegnen mag. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Identität der Tat anzunehmen sei, läßt sich nach einer allgemeinen Regel nicht bestimmen, muß vielmehr nach der Beschaffenheit des Einzelfalles geprüft werden [101]). Hier ist nun für uns von Interesse die Feststellung, ob die Tat in dem von den §§ 157, 264—266 StPO. vorausgesetzten prozessualischen Sinne etwas mit dem von uns oben festgestellten Handlungsbegriffe gemein hat oder gar identisch ist. Dies glauben wir verneinen zu müssen. Die Identität der Tat im Sinne der §§ 264 ff. StPO. bleibt von der Frage unberührt, ob eine oder mehrere strafbare Handlungen im materiell-rechtlichen Sinne vorliegen. Diese Frage kann überhaupt erst innerhalb der Tat als individualisiertem historischem Geschehnis entschieden werden [102]). Hat der Richter Veranlassung, in tatsächlicher oder rechtlicher Richtung von dem Eröffnungsbeschlusse abzuweichen, so richtet sich die Entscheidung, ob er nach § 265 StPO. die Verhandlung unter Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes auf die neu aufgetauchten Gesichtspunkte erstrecken kann, oder ob er nach § 266 StPO. zu verfahren hat, nicht nach der Frage Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit, sondern einzig und allein danach, ob der neu aufgekommene Gesichtspunkt Teil ist von dem in iudicium deduzierten historischen Geschehnis.

---

[100]) Löwe-Rosenberg, § 264, 2; Bockshammer S. 11 f; Höpfner II, S. 160 ff.; Rosenfeld S. 238 II u. a. sowie das RG. in zahlreichen Entscheidungen.

[101]) RG. 12, 189.

[102]) Vgl. hierzu Honig, Stud. S. 58 f.; Rosenfeld S. 239; RG. 44, 29 f. Honig Ger.Saal 92, 119.

Wenn damit feststeht, daß für die Begrenzung der „Tat" die Frage, ob Handlungseinheit oder -mehrheit, keine Rolle spielt, so ist damit noch nicht gesagt, daß auch innerhalb des individualisierten historischen Geschehens die Konkurrenzform eine Rolle nicht spielt. Im Gegenteil muß festgestellt werden, daß auf diesem Gebiete der Unterschied zwischen idealer und realer Konkurrenz weitgehend verwertet worden ist.

So hat man insbesondere den Fall, daß ein Offizialdelikt und ein Antragsdelikt idealiter konkurrieren, wegen des Antragsdelikts ein Antrag aber nicht gestellt ist, in Literatur und Judikatur einer ausführlichen Würdigung unterzogen. In den Fällen dieser Art steht der Aburteilung des idealiter konkurrierenden Antragsdelikts ein rechtliches Hindernis entgegen. Das RG. behauptet nun, das Gericht sei in diesen Fällen durch den Mangel des Antrags an der Erörterung der Tat unter dem Gesichtspunkt des konkurrierenden Antragsdelikts keineswegs gehindert, sondern lediglich an der Anwendung des Strafgesetzes für dieses Antragsdelikt[103]). Die praktische Folge dieser Ansicht liegt darin, daß der zur Verfolgung des Antragsdelikts nötige Antrag noch nach der Eröffnung des Hauptverfahrens bis zum Schlusse der Hauptverhandlung gestellt werden kann. Wird der Antrag nicht gestellt, so beschränkt sich allerdings die Urteilsfindung auf das Offizialdelikt, da eine Verpflichtung des Gerichts auf die Behebung des Antragsmangels zu dringen selbstredend nicht besteht. Der Unterschied dieses Falles gegenüber dem Fall, daß Antrag- und Offizialdelikt realiter konkurrieren, besteht darin, daß im letzteren Fall, das Gericht selbst an der Erörterung des realkonkurrierenden Antragsdelikts bei mangelndem Antrag gehindert sein soll.

Mit größeren Folgen war die Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz ausgestattet nach der Ansicht des preußischen Obertribunals. Dieses stellte auf den Wortlaut der die Antragsdelikte kennzeichnenden Formel: „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein" ab und vertrat die Ansicht, daß im Falle der Idealkonkurrenz von Antrags- und Offizialdelikts das Antragsdelikt unbedingt einer rechtlichen Würdigung und der Strafverfolgung zu unterziehen sei, während im Falle der Realkonkurrenz das Antragsdelikt unberücksichtigt bleiben müsse. Das Obertribunal argumentierte hierbei folgendermaßen: Der mangelnde Antrag bei dem Antragsdelikt hindert lediglich den Eintritt der Verfolgung des Antragsdelikts; wird die zur Beurteilung stehende Tat aber auch unter dem Gesichtspunkt eines Offizialdelikts verfolgt, so ist, da die Verfolgung „ja nun doch" eingetreten ist, auch das Antragsdelikt zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung zu

[103]) RG. 3, 387.

Strafbefehl nicht für gegeben. Es hält deshalb eine abermalige Verfolgung derselben Tat, über die bereits durch rechtskräftigen Strafbefehl erkannt worden ist, unter einem später auftauchenden ideell konkurrierenden Gesichtspunkt für möglich.

Der Ansicht des RG. über die Rechtskraftswirkung des amtsrichterlichen Strafbefehls wird man aber nicht beipflichten. Sie befindet sich nicht im Einklang mit Wortlaut und Sinn des Gesetzes, sondern widerläuft ihm geradezu. Der § 410 StPO. sichert dem amtsrichterlichen Strafbefehl die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils zu. Dieser Bestimmung gegenüber erscheint es unmöglich, dem durch ein rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahren einen weitergehenden Umfang hinsichtlich der materiellen Rechtskraft einzuräumen als dem rechtskräftigen Strafbefehl.

Eine eingehendere Darlegung können wir uns ersparen. Für uns ist es nur von Interesse zu erfahren, daß auch bei der Frage nach dem Umfang der Rechtskraft die Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz eine Rolle spielen soll. Sowohl der Fall des Entgegenstehens eines rechtlichen Hindernisses gegen erschöpfende rechtliche Würdigung als der Fall des amtsrichterlichen Strafbefehls werden nur dahin beleuchtet, daß das früher nicht berücksichtigte Delikt ideell konkurriert mit dem früher bereits verfolgten. Man glaubt also bei der realen Konkurrenz die gemachten Ausnahmen nicht zu bedürfen. Das darf nun keineswegs zu dem Schlusse führen, als ob beim Vorliegen eines rechtlichen Hindernisses der Aburteilung eines realkonkurrierenden Delikts oder des mangelnden Antrags beim realiter konkurrierenden Delikt Bedenken, den Strafklageverbrauch in vollem Umfange sich auswirken zu lassen, nicht bestünden. Die Sachlage ist vielmehr die: die realiter konkurrierenden Delikte hat man deshalb nicht in den Kreis dieser Betrachungen einbezogen, weil man – wie wir im vorigen Paragraphen gezeigt haben – teilweise dahin irrte, daß die Tat im Sinne des Prozeßrechts und die Handlung im Sinne des materiellen Rechts korrelate Begriffe seien. Wenn dem so wäre, dann verdienten freilich die Fälle der Realkonkurrenz beim gegenwärtigen Stand der Theorie über den Umfang der Rechtskraft keine Betrachtung unter den aufgeworfenen Gesichtspunkten. Dann hätte der Richter bei jeder neu auftauchenden Gesetzesverletzung des Täters, die vor einer früheren Verurteilung liegt, sich die Frage vorzuhalten, ob im Verhältnis zu der bereits abgeurteilten Gesetzesverletzung Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit vorliegt. Beim Vorliegen von Realkonkurrenz wüßte er sofort, daß der Grundsatz ne bis in idem einer Rechtsanwendung nicht im Wege stünde, während er beim Vorliegen idealer Kon-

kurrenz im allgemeinen an der Verfolgung der Tat gehindert wäre, es sei denn, daß er an früherer Aburteilung durch ein rechtliches Hindernis — mit der Unterausnahme des mangelnden Strafantrags — gehemmt war.

Wie wir bereits oben dargetan haben, hat aber die Unterscheidung zwischen einer und derselben Handlung und mehreren selbständigen Handlungen mit der Frage nach der Identität der Tat (Tat als historisches factum genommen) nichts zu tun. Nach dieser Erkenntnis kann es keinen Unterschied machen, ob das neuauftauchende Delikt realiter oder idealiter mit dem bereits abgeurteilten Delikt konkurriert, sofern nur feststeht, daß die Identität des historischen Geschehens gewahrt ist. Schon nach der Ansicht, die den Umfang der Rechtskraft nach den Regeln über den Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung bestimmt wissen will und ihn demnach auf das historische factum bezieht, kann also die Notwendigkeit einer Unterscheidung der Konkurrenzformen nicht behauptet werden.

Die Ansicht, die Regeln über Gegenstand und Umfang der Verhandlung und Urteilsfindung stehen im korrelaten Verhältnis zu dem Umfang der Rechtskraft, darf indes s e l b s t nicht als logisch bedingt angesprochen werden. Man halte sich noch einmal vor, daß das Gesetz den Strafklageverbrauch zwar ohne Zweifel voraussetzt, daß aber über seine Grenzen sich gesetzliche Anhaltspunkte nicht finden lassen. Die Behauptung, der Umfang der Rechtskraft lasse sich unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus den Bestimmungen der §§ 264—266 StPO. folgern, klingt kühn. Richtig erscheint uns an dieser Ansicht nur so viel, daß zwischen den Rechtsregeln über Gegenstand und Verhandlung und Urteilsfindung einerseits und Umfang der Rechtskraft andererseits ein gewisser Zusammenhang besteht. Die herrschende Meinung hat zur Begründung ihrer Ansicht die Motive herangezogen [117]). Diese führen aus, daß der Richter die Befugnis haben solle, nach Erhebung der Anklage „neue Gesichtspunkte oder neue Tatumstände" zu verwerten, damit es nicht nötig sei „einen und denselben Vorgang wiederholt zum Gegenstand der Aburteilung gegen dieselbe Person zu machen". Man k a n n aus diesen Darlegungen die herrschende Lehre allenfalls folgern. Sie zwingen aber nicht dazu. Die Motive zur Strafprozeßordnung drücken ihrem Wortlaut nach nur den Gedanken aus, daß zur Erreichung des — gewiß erstrebenswerten — Ziels einheitlicher Aburteilung aller Gesetzesverletzungen desselben Täters dem Richter die Befugnis und die Pflicht gegeben sei, eine einheitliche Aburteilung vorzunehmen, um

[117]) Mot. zur StPO. S. 154; H a h n, Materialien S. 207.

wiederholte Aburteilung der nämlichen Tat unnötig zu machen, nicht aber auch um sie unmöglich zu machen. Wenn der Richter nicht in der Lage war, aus irgendwelchen Gründen die Tat einer erschöpfenden Würdigung zu unterziehen, so ist zwar jenes Ziel nicht erreicht, aber lediglich nichts zwingt uns, deshalb von einer erneuten Verfolgung und Aburteilung der Tat unter den neu hervortretenden Gesichtspunkten Abstand zu nehmen [118]).

Diese Betrachtung rechtfertigt, sich die Frage vorzulegen: „Hat der Satz ne bis in idem überhaupt (wie es von der herrschenden Meinung kritiklos hingenommen wird) stets Anwendung da zu finden, wo Identität der Tat vorliegt?" Bei der Frage, welchen Umfang er der materiellen Rechtskraft einzuräumen gedenkt, achten wir den Gesetzgeber völlig frei. Es sind lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, die ihn in dieser Frage zu einer Entschließung führen können. Da aber der Gesetzgeber diese Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen nicht selbst vorgenommen hat, so ist es Sache der Rechtsprechung und Wissenschaft, diese Abwägung vorzunehmen und den Geltungsbereich des Grundsatzes ne bis in idem zu umreißen.

Welche Erwägungen sind nun zur Beantwortung der Frage nach dem Umfange der Rechtskraft anzustellen? Die Judikatur des RG. — die allerdings davon ausgeht, daß der Umfang der Rechtskraft vom positiven Recht bestimmt worden sei — findet die Grundlage des Satzes ne bis in idem in dem Gesichtspunkt der Billigkeit gegenüber dem Angeklagten. Der Täter, der dem strafenden Arm der Gerechtigkeit einmal verfallen ist, soll in seinen Interessen nur insoweit verletzt werden, als es unumgänglich erforderlich ist [119]). Das Prinzip der strengen Gerechtigkeit, das die Bestrafung sämtlicher begangener Delikte fordert, hat dem Billigkeitsprinzip gegenüber in dem Maße zurückzutreten, als dem Richter die Befugnis zuerkannt ist, „die ihm zur Aburteilung vorgelegte Tat in ihrer wirklichen Gestaltung frei zu ermitteln und nach dem Ergebnisse der ihm zustehenden umfassenden Verhandlung zu beurteilen". Das führt das RG. und mit ihm die herrschende Meinung in der Literatur zu dem Grundsatz, daß eine Tat, die schon Gegenstand eines Urteils war, nicht nochmal zum Gegenstand einer Strafverfolgung gegen denselben Täter gemacht werden kann. Wie wir

---

[118]) Daß die erwähnte Stelle der herrschenden Ansicht keinen zwingenden Beweis liefert, erkennt auch Höpfner an. II, S. 176, 2.

[119]) Höpfner II, S. 154, Anm. 7: „Man versündigt sich an dem Verbrecher und dadurch mittelbar an der Gesellschaft, wenn man einen Vorgang, den er nur als eine Einheit zu betrachten vermag, nach Gesichtspunkten, die man aus juristischen Begriffen nimmt, in Stücke reißt und getrennter Behandlung unterwirft."

gesehen haben, hat sich dieser Grundsatz vom RG. eine Einschränkung gefallen lassen müssen[120]): Wo der erkennende Richter durch das Prozeßverfahren nicht in die Lage versetzt ist, die unter Anklage stehende Tat nach allen Richtungen zu prüfen, kann naturgemäß von einem Klageverbrauch nicht die Rede sein. Wenn hier der Billigkeitsgesichtspunkt gegenüber dem Angeklagten dem Prinzip der strengen Gerechtigkeit hintangesetzt wird, so will dies das RG. doch nur dahin verstanden wissen, daß das erschöpfender Beurteilung der Tat entgegenstehende Hindernis in der Rechtsordnung begründet ist. In diesen Fällen erscheint es nicht angezeigt, die Rechtskraftswirkung auf die unprüfbaren Gesichtspunkte auszudehnen. Von verschiedenen Seiten[121]) ist aber — unseres Erachtens ganz mit Recht — darauf hingewiesen worden, daß wenn schon die Anerkennung des Eintritts der Rechtskraft davon abhängig sein soll, ob der Richter in der Lage war, die Tat nach allen ihren Gesichtspunkten zu überprüfen, ein Grund zur Unterscheidung zwischen tatsächlichen und rechtlichen Hindernissen nicht zu finden ist. Wirkt doch ein tatsächliches Hindernis allseitiger Beurteilung „genau so hindernd wie ein rechtliches". Die tatsächliche Unmöglichkeit ist also der rechtlichen Unmöglichkeit völlig gleichzustellen.

Die maßgeblichen Gesichtspunkte liegen nun einmal im Schutz des Angeklagten vor nicht angebrachter Härte, zum andern in der Wahrung der öffentlichen Rechtssicherheit und zum dritten in der Aufrechterhaltung der Achtung vor der Rechtsprechung[122]). Diese Punkte gilt es gegeneinander abzuwägen. Kohlrausch kommt bei dieser Abwägung zu dem Resultat: Der Satz ne bis in idem kommt in den Fällen der Idealkonkurrenz nur dann zur Anwendung, wenn der Richter die Verhandlung und das Urteil auf sämtliche konkurrierenden Delikte hätte ausdehnen müssen und können. Es soll der Grundsatz ne bis in idem nach seiner Ansicht nur dann Anwendung finden können, wenn der Richter schuldhafterweise es versäumt hat, in der früheren Aburteilung das konkurrierende Delikt zu würdigen.

Die Ansicht Kohlrausch's teilen wir nicht. Nichts wäre geeigneter, die Achtung des Publikums vor der öffentlichen Rechtsprechung mehr zu erschüttern, als wenn der Richter bei erneuter Anklage wegen desselben factum sich darüber schlüssig zu werden und zu erklären hätte, ob der erstlich mit der Sache befaßte Richter bei Verhandlung und Urteilsfindung seine Pflicht erfüllt habe oder nicht.

---

[120]) RG. 9, 323.
[121]) v. Kries, Lehrb. S. 595 ff. und insbesondere Kohlrausch.
[122]) So Kohlrausch.

Wenn man gemeinhin auf die Unbill gegenüber dem Angeklagten hinweist, seine Tat unter jedem neu auftauchenden Gesichtspunkt erneut zum Gegenstand der Verfolgung zu machen, so pflegt man dabei gemeinhin zu verkennen, daß diese Unbill um so geringer ist, von je größerer Tragweite der neu auftauchende Gesichtspunkt ist. Man denke an Fälle wie diese: Jemand erschießt mit einem Feuergewehr einen Landstreicher, der sich in seine Scheune eingeschlichen hatte. Sollte hier der Billigkeitsgesichtspunkt gegenüber dem Angeklagten es wirklich erfordern, daß seine rechtskräftige Verurteilung auf Grund des § 368 Ziff. 7 StGB. konsumierend wirke hinsichtlich der Durchführung des staatlichen Strafanspruchs aus der vorsätzlichen Tötung? Daß in diesem Falle das Interesse des Täters dem Interesse an der gerechten Durchführung des staatlichen Strafanspruchs hintanzusetzen ist, erscheint keinen Augenblick zweifelhaft. Derartige Fälle verlangen die Durchführung eines zweiten Strafverfahrens gegen denselben Täter wegen der nämlichen Tat, mag der Richter gleichviel aus welchen Gründen an der Erfassung der Tat in der Gesamtheit ihrer rechtlichen Relevanz in der früheren Aburteilung gehindert gewesen sein. Diese Fälle fordern generell: den Verzicht darauf, den Umfang der Rechtskraft auf die Tat, das nackte historische factum auszudehnen. Die Interessen der Gerechtigkeit und Billigkeit verlangen hier eine Beschränkung der Rechtskraft auf die vom ersten Richter vorgenommene rechtliche Subsumption des historischen Geschehens. Die Tatsache, daß es Fälle gibt, wo umgekehrt das strenge Gerechtigkeitsprinzip eine Hintansetzung erfahren müßte, kann von diesem einmal gewonnenen Ergebnis nicht mehr abbringen. Enthält schon das geltende Prozeßrecht in § 153 StPO. eine Institution, die es ermöglicht, dem Billigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, so ist das in gesteigertem Maße der Fall an Hand der Regelung, die der E. 27 in seinem § 76 vorsieht [123]).

Diese Bestimmungen bieten hinreichende Möglichkeit, von einer erneuten Bestrafung des Täters wegen derselben Tat Abstand zu nehmen, wenn der neu auftauchende Gesichtspunkt gegenüber dem bereits abgeurteilten kriminellen Gehalt des factum nicht mehr ins Gewicht fällt. Wir glauben deshalb keinen Rückschritt zu begehen sondern einen Fortschritt, wenn wir behaupten: Schon nach geltendem Recht zwingen weder der Wortlaut des Gesetzes noch allgemeine Erwägungen über das strenge Gerechtigkeits- und das Billigkeitsprinzip gegenüber dem Angeklagten dazu, den Um-

[123]) „Wann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen kann, bestimmt das Gesetz besonders. Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Schuld des Täters so gering und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, daß keine Bedürfnis für eine Bestrafung besteht."

fang der Rechtskraft auf die Identität der Tat zu erweitern. Gegenstand der Rechtskraft ist nicht das historische factum, sondern der fait qualifié, das crimen, die Tat in der rechtlichen Würdigung, die ihr durch das frühere Urteil zuteil wurde. Daß diese Ansicht zu Unträglichkeiten nicht führt, zeigt am besten das Beispiel des ausländischen Rechts, das vielfach — so insbesondere das englische und das französische Recht — diesen Weg eingeschlagen hat.

Wenn dem aber so ist, dann hat die Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und -mehrheit bei der Frage nach dem Umfang der Rechtskraft ihre Existenzberechtigung völlig verloren — selbst wenn man mit uns nicht dahin einig geht, daß die Begriffe von Tateinheit im Sinne der StPO. und von Handlungseinheit im Sinne des StGB. sich nicht entsprechen. Dann hat beim Auftauchen eines noch nicht abgeurteilten Delikts der Richter nur zu prüfen, ob seinetwegen Urteil schon ergangen ist, nicht aber die ganz ungleich schwierigere Frage, ob das neu auftauchende Delikt mit dem bereits abgeurteilten nach der Anschauung des täglichen Lebens nun eine Handlungseinheit bildet oder nicht.

Daß diese Auffassung vom Umfang der Rechtskraft sich bezüglich des positiven Rechts in Literatur und Judikatur nicht durchsetzen konnte, rührt unserer Überzeugung nach zum guten Teil davon her, daß man in der Idealkonkurrenz, die man mit „Tateinheit" im prozessualen Sinne identifizierte, eine Verbrechenseinheit sah, die man nach dem Grundsatz quot crimina tot poenae nur mit einer einheitlichen Strafe belegen zu können glaubte, weshalb eine abermalige Verfolgung ausgeschlossen schien.

II. Besondere Beachtung hinsichtlich des Geltungsbereichs des Grundsatzes ne bis in idem verdient die Erscheinung des fortgesetzten Delikts. Es handelt sich hier kurz gesagt um die Frage, ob Tätigkeitsakte, deren Nichtidentität mit dem angeklagten historischen factum von vorneherein feststeht, vom Strafklageverbrauch umfaßt sein sollen, wenn sie mit einem früher schon abgeurteilten Tätigkeitsakt in einer Beziehung stehen, die für das Vorliegen des sogenannten „fortgesetzten Delikts" zur Bedingung gemacht ist. Ganz allgemein hat man nun auch hier die Geltung des Grundsatzes ne bis in idem anerkannt mit der leicht gewonnenen Begründung, daß man doch über dieselbe „Tat" nochmals entscheiden würde, wenn bei der früheren Aburteilung noch nicht bekannte Einzelakte zum Gegenstand eines späteren Verfahrens gemacht würden. Es erscheint uns jedoch geradezu unmöglich, bei einer Reihe sich über Jahre hin erstreckender einzelner Tätigkeitsakte von einer Einheit des historischen Geschehens zu reden. Die Vertreter der Ansicht, daß es sich bei dem „fortgesetzten Delikt" um eine natürliche Handlungseinheit handle, ziehen aber bezüglich

des Umfang der Rechtskraft zwischen der Handlungseinheit des „fortgesetzten Delikts" und der Handlungsmehrheit der gleichartigen Realkonkurrenz den Unterschied, daß beim Auftauchen neuer, in der früheren Verhandlung noch nicht berücksichtigter Tätigkeitsakte, im ersteren Falle das Verfahren zufolge des Grundsatzes „ne bis in idem" einzustellen sei, während im letzteren Falle, wo es sich um selbständige Taten handle, das Verfahren durch ein Urteil zu beenden sei.

Dieser Unterschied, der sich hinsichtlich der Frage nach dem Umfange der Rechtskraft zwischen den Fällen des fortgesetzten Delikts und denen der gleichartigen Realkonkurrenz nach der herrschenden Auffassung vom fortgesetzten Delikt ergibt, wird aber vom RG. in inkosequenter Weise wieder insoweit verwischt, als bei der Freisprechung des Täters von der Anklage wegen fortgesetzten Delikts der Verfolgung eines anläßlich des früheren Verfahrens nicht zur Sprache gekommenen Tätigkeitsaktes der Verbrauch der Strafklage nicht im Wege steht[124]). Es wird als erste Voraussetzung für die Annahme eines fortgesetzten Delikts bezeichnet, daß überhaupt eine strafbare Handlung vorliegt. Nur strafbare Handlungen können zu dem Rechtsbegriff einer fortgesetzten strafbaren Handlung zusammengefaßt werden. Wenn aber die Feststellung eines fortgesetzten Delikts erst mit der Feststellung der Strafbarkeit der einzelnen Tätigkeitsakte getroffen werden kann, dann liegt beim Mangel letzterer Feststellung eine der Rechtskraft fähige Erklärung über die Einheit oder Mehrheit der der Betrachtung des Richters unterstehenden Einzelakte gar nicht vor. „Eine Mehrheit nicht strafbarer Handlungen ist für das Strafrecht etwas Gleichgültiges; sie können weder unter sich, noch mit anderen Handlungen — seien diese strafbar oder nicht — eine fortgesetzte Handlung bilden."

Es hat diese Ansicht des RG. mit Recht in weiten Kreisen Ablehnung erfahren[125]). Die Rechtsprechung des RG. in diesem Punkt verträgt sich nicht mit der Anschauung des fortgesetzten Delikts als natürlicher Einheit. Gegenstand der Urteilsfindung und der Rechtskraft war die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete Tat genau in demselben Umfang, wie im Falle eines verurteilenden Erkenntnisses. Die rechtliche Behandlung des Falles der Freisprechung kann keine andere sein als die Behandlung des fortgesetzten Delikts im Verhältnis einer rechtskräftig erledigten strafbaren Handlung zu neu auftauchenden Tätigkeitsakten.

---

[124]) RG. Jur.Z. Bd. 7, 250; RG. 47, 397; 54, 333.

[125]) Bockshammer, S. 58 ff.; Farnbacher Ger.Saal Bd. 54, 387 ff. Dörr, S. 216, Anm. 5. Wie das RG. dagegen Höpfner II, S. 212.

Unsere eigene Ansicht darzulegen bietet wenig Schwierigkeiten. Wenn man einmal erkannt hat, daß die gemeinhin als fortgesetztes Delikt angesehenen Fälle nichts anderes sind als eine aus der unglücklichen Regelung der lex lata heraus zu erklärende juristische Fiktion im Interesse des Täters, wenn man ferner sich klar gemacht hat, daß die Regelung des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen im E. 27 die Beibehaltung jener Fiktion nicht mehr verlangt, dann wird die Beantwortung der Frage nach dem Umfange der Rechtskraft leicht dahin zu treffen sein, daß nur die einzelnen Tätigkeitsakte, die im Urteil eine ausdrückliche Würdigung erfahren haben, Gegenstand der Rechtskraft sind. In Wahrheit bedeutet dies die Behebung der Notwendigkeit bezüglich des Strafklageverbrauchs die unheilvolle Unterscheidung zwischen fortgesetztem Delikt und gleichartiger realer Konkurrenz zu treffen.

Ist dieser Punkt schon ein nicht aufzuwiegender Vorteil, so stehen wir darüber hinaus auch nicht an, zu behaupten, daß unsere Ansicht eine dem allgemeinen Rechtsempfinden mehr entsprechende Behandlung der in Frage stehenden Fälle bringt als die herrschende Ansicht. Sogar beim RG. hat sich diese Erkenntnis durchgesetzt. Wie ließe sich denn anders der Standpunkt des RG. hinsichtlich des freisprechenden Erkenntnisses rechtfertigen als aus dem Gedanken heraus, daß der staatliche Strafanspruch durch die Einheitsfiktion des fortgesetzten Delikts nicht ungebührlich verkürzt werden dürfe. Wie es sich in den Fällen der Idealkonkurrenz als mißlich herausgestellt hat, daß der Richter durch den Verbrauch der Strafklage an der Erfassung des anläßlich des früheren Verfahrens unberücksichtigten kriminellen Gehalts der Tat in einem späteren Verfahren gehindert sein soll, ganz ebenso werden diese Folgen hier als mißlich empfunden. Auch die Fälle des fortgesetzten Delikts erfordern die Möglichkeit, die in einem früheren Verfahren nicht zur Sprache gekommenen Tätigkeitsakte im späteren Verfahren einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen. Auch hier stehen den Fällen, daß die vom früheren Urteil erfaßten Tätigkeitsakte nur einen mehr oder weniger bedeutenden Ausschnitt aus dem vollständigen „fortgesetzten Delikt" darstellen, Fälle gegenüber, wo die nach der früheren Aburteilung der Tat aufgekommenen Einzelakte kaum oder überhaupt nicht ins Gewicht fallen. Auch hier mag der § 153 StPO. und § 76 E. 27 vor Härten bewahren.

§ 9.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Verjährung.

Es hat auf dem Boden des geltenden Rechts auf die Unterscheidung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit auch das Institut der Verjährung einen Einfluß ausgeübt.

A. Der § 67 StGB. statuiert eine verschiedene Verjährung, je nachdem es sich um eine Übertretung, ein Vergehen oder ein Verbrechen handelt. Treten mehrere Delikte miteinander in Realkonkurrenz, so ergibt sich aus der erwähnten Bestimmung unzweifelhaft, daß jedes der zur einheitlichen Aburteilung zusammentreffenden Delikte selbständig auf seine Verjährung hin zu prüfen ist. Daß eine Verjährung der einen Strafverfolgung ohne Einfluß auf die Anwendung der übrigen Strafdrohungen ist, bedarf eigentlich keiner Hervorhebung.

Zweifel erwecken kann dagegen der Fall der Idealkonkurrenz. Könnte doch hier die Annahme auftauchen, es stünde die Verjährung der Strafverfolgung der einen ideell konkurrierenden Tatbestandsverwirklichung der Bestrafung wegen der anderen, nicht verjährten entgegen. Dieser Ansicht ist aber damit entgegenzutreten, daß nach § 67 StGB. die Verjährungsfristen für die verschiedenen Delikte, d. h. für die verschiedenen verwirklichten Tatbestände sich verschieden berechnen. Bei der Prüfung der Frage, ob die Verfolgung einer strafbaren Handlung verjährt ist, müssen also sämtliche in Betracht kommende verletzte Gesetze daraufhin untersucht werden, ob eine Verfolgung aus ihrer Strafdrohung heraus wegen Zeitablaufs unmöglich geworden ist. „Verfolgungsverjährung bedeutet nicht Unverfolgbarkeit einer Tat, sondern Unanwendbarkeit eines an sich passenden Strafgesetzes“ [126]). Die Verjährung einer Strafdrohung bedeutet daher die Unverfolgbarkeit der Handlung erst dann, wenn überhaupt kein anwendbares Strafgesetz mehr zur Verfügung steht. Die Richtigkeit dieser Ansicht, die übrigens ein in Theorie und Praxis allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz ist [127]), folgert das RG. schon aus dem praktischen Gesichtspunkte, daß man sonst zu dem unannehmbaren Ergebnisse gelangen müßte, die Verfolgung z. B. eines Mordes sei verjährt, wenn die Tat in Idealkonkurrenz mit einer Übertretung (z. B. Schießen an bewohnten Orten) verübt worden sei und bezüglich dieser die Verjährungsfrist von 3 Monaten abgelaufen sei.

---

[126]) Höpfner II, S. 220.

[127]) Vgl. Höpfner a. a. O.; Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals 14, 185; 18, 381. Olshausen § 73, N. 36 B. RG. 6, 374; 26, 261; 39, 353; 57, 141.

Es wirkt sich also die Unterscheidung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz in der Frage nach der Verjährung nicht aus.

Wenn auch hierüber eine Einhelligkeit der Meinungen erzielt ist, so taucht die Unterscheidungsnotwendigkeit zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit doch wieder auf, wo es sich um die Abgrenzung zwischen fortgesetztem Delikt und gleichartiger Realkonkurrenz handelt. Es wird nämlich hier, soweit man das fortgesetzte Delikt auf eine natürliche Einheit zurückführt, die Meinung vertreten, daß auch die Verjährung eine einheitliche sein müsse [128]). Das Gesetz selbst schweigt wie überall, wo das fortgesetzte Delikt zur Betrachtung steht, auch hier. An die Möglichkeit, daß eine Handlung sich über mehrere Tage (die Giftmörderin verteilt ihre Dosen auf mehrere Tage) oder gar Jahre hin erstrekken kann ist im § 64 Abs. 4 StGB. offenbar nicht gedacht. Es findet sich hier lediglich die überaus spärliche Bemerkung: Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolgs. Ganz allgemein hat man diese Vorschrift dahin interpretiert, daß die Verjährung erst an dem Tage beginne, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen werde, d. h. ihr faktisches, nicht juristisches Ende erreicht habe. [129]) [130]). Es wird also vom Standpunkt derer aus, die im fortgesetzten Delikt eine natürliche Einheit sehen, die Behauptung sich rechtfertigen lassen, daß die Verjährung erst mit dem letzten Tätigkeitsakt der einheitlichen Handlung beginne, da erst mit diesem die einheitliche menschliche Tätigkeit abgeschlossen sei [131]).

Mag man auch die Folgerichtigkeit dieses Schlusses aus der Ansicht, die im fortgesetzten Delikt eine natürliche Handlungseinheit sieht, anerkennen, so bleibt es doch fraglich, ob diese Lösung dem Sinn und dem Zweck der Verjährung und dem allgemeinen Rechtsempfinden gerecht wird. Als Sinn und Zweck der Verjährung wird einmal bezeichnet der Gedanke, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit das Interesse der Gesellschaft an der Bestrafung erlischt, weil die Verletzung nicht mehr oder jedenfalls

---

[128]) Höpfner II, S. 220, vom Standpunkt der herrschenden Ansicht über das fortgesetzte Delikt. Olshausen § 67 N. 14c mit weiterem Literaturnachweis.

[129]) Olshausen § 67 N. 9.

[130]) § 80 E. 27: „Die Verjährung beginnt, sobald die strafbare Tätigkeit abgeschlossen ist oder das strafbare Verhalten aufhört. Tritt der zum Tatbestand gehörige Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt."

[131]) Ebermayer § 67, 2; RG. 46, 19; 49, 173; 57, 141; 59, 291.

nicht mehr in dem Maße empfunden wird wie alsbald nach der Tat (Zeit heilt Wunden) und weil die Psyche des Täters, als deren Emanation die böse Tat erscheint und auf die durch die Strafe eingewirkt werden soll, nach einer gewissen Zeit gar nicht mehr dieselbe zu sein braucht, wie bei der Begehung der Tat; zum andern beruht der Sinn der Institution in der wachsenden Schwierigkeit und Unsicherheit des Beweises[132]). Beiden Gedanken, die dem gemischten teils materiell-rechtlichen, teils prozessualen Charakter der Verjährung entsprechen, trägt die herrschende Ansicht über die Verjährung des fortgesetzten Delikts keine Rechnung.

Über die eben herausgeschälte Zweckbestimmung der Verjährung hinaus wird man diese aber zugleich nicht mit Unrecht als eine Institution ansprechen können, die sich im Interesse des Täters auswirken soll. Spürt man diesem Gedanken nach, so findet man, daß bei der Annahme eines fortgesetzten Delikts, zu der man doch ebenfalls vorzüglich im Interesse des Delinquenten gelangt, sich der Täter nach der herrschenden Ansicht schlechter stellt als bei Annahme gleichartiger Realkonkurrenz. Es lassen sich, wenn man die herrschende Ansicht sich zu eigen macht, Fälle ausdenken, die zu den schwersten Ungerechtigkeiten die Handhabe bieten. Man denke z. B. daran, daß eben noch der letzte oder einige der letzten Tätigkeitsakte eines sich über Jahre hin erstreckenden fortgesetzten Delikts zu Beginn der Verfolgung noch nicht verjährt sind. Hier werden bei einer im Grunde doch hauptsächlich nach dem Erfolg fragenden Gerechtigkeit die schon außerhalb der Verjährungszeit liegenden Tätigkeitsakte unter Umständen schwer ins Gewicht fallen.

Eine dem Sinn und Zweck der Institution angemessenere Lösung wird sich finden lassen, wenn man im fortgesetzten Delikt keine natürliche Einheit, sondern lediglich eine Zweckeinheit, eine juristische Fiktion erblickt. Da diese Ansicht die Vorstellung von der Einheit des fortgesetzten Delikts nicht auf die natürliche Betrachtung des täglichen Lebens, sondern auf praktische Gesichtspunkte gründet, läßt sie die Möglichkeit zu, die außerhalb der Verjährungsfrist liegenden Einzelakte unberücksichtigt zu lassen. Die „Einheit" des fortgesetzten Delikts wird dann folgendermaßen konstruiert: Es werden zuerst die einzelnen Tätigkeitsakte daraufhin angesehen, ob sie sich noch innerhalb der Verjährungsfrist befinden. Die noch nicht verjährten Einzelakte werden dann zu einer Einheit, eben dem fortgesetzten Delikt zusammengezogen, während die verjährten Einzelakte ohne Berücksichtigung bleiben. Es liegt

---

[132]) Frank, § 66, II.

eben immerhin eine Mehrheit von Handlungen vor, die nur zusammengerechnet wird, um bei der Strafbemessung als Einheit verwendet zu werden [133]). Auch Höpfner gelangt auf Grund seiner Anschauung über die Unselbständigkeit der Einzelhandlungen des fortgesetzten Delikts zum selben Ergebnis [134]). Olshausen [135]) kehrt sich zwar gegen diese Ansicht mit dem Hinweis, es sei prinziplos die für die Strafbemessung gewonnene Einheit an dieser Stelle schon wieder aufzulösen. Dem muß aber entgegengehalten werden, daß eine aus praktischen Gesichtspunkten heraus gewonnene Konstruktion nicht dadurch ihres praktischen Wertes wieder entkleidet werden darf, daß man die in der Straffrage gewonnene Einheit nun blindlings überall einführt.

Es hat diese Ansicht vom „fortgesetzten Verbrechen" als juristischer Konstruktion neben dem Vorteil, daß sie dem Zwecke des Instituts der Verjährung volle Rechnung trägt, noch die weitere praktische Konsequenz, daß — quod erat demonstrandum — eine Unterscheidung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit sich hinsichtlich der Verjährung überhaupt erübrigt. Es hat sich also — vollends auch dann, wenn man mit uns die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Fiktion des „fortgesetzten Delikts" für den Bereich des E. 27 überhaupt leugnet — der Richter nur darüber klar zu werden, ob die einzelnen Tätigkeitsakte, die er mit einheitlicher Strafe belegen will, innerhalb der Verjährungsfrist liegen oder nicht — genau wie bei den Fällen der gleichartigen Realkonkurrenz.

B. Nachdem wir seither von der Verfolgungsverjährung gehandelt haben, wird es sich lohnen, auch noch einen Blick auf die Verjährung der Strafvollstreckung zu werfen. Sitz der Materie sind die §§ 70—72 StGB. Das Wesen der Vollstreckungsverjährung besteht in der Hinderung der Vollstreckung der bereits rechtskräftig erkannten Strafe wegen Zeitablaufs. Auf die uns hier interessierende Frage, ob das Institut der Vollstreckungsverjährung von uns eine Unterscheidung über Handlungseinheit oder -Mehrheit verlangt, gibt zunächst der § 71 StGB. dahin Antwort, daß die Vollstreckung einer wegen derselben Handlung neben einer Freiheitsstrafe erkannten Geldstrafe nicht früher verjähren soll als die

---

[133]) Vgl. Beling L. v. V., S. 386. Kohler, Goltd.Arch., Bd. 53, S. 161: „Die Tätigkeiten werden aus Gründen strafrechtlicher Vernünftigkeit aneinandergeschlossen . . .; diese strafrechtliche Einheit aber verlangt nicht, daß alle dazu gehörigen Tätigkeiten derselben Verjährung unterliegen, sondern es ist sehr wohl denkbar, daß die eine Tätigkeit ausscheidet, während die andere noch im Schatten des Strafrechts steht."

[134]) Höpfner II, S. 222 f.

[135]) § 73, N. 9.

Vollstreckung der Freiheitsstrafe. Mit dem hier verwerteten Ausdruck „dieselbe Handlung" kann nichts anderes gemeint sein, als eine Bezugnahme auf eine und dieselbe Handlung im Sinne des § 73 StGB. Eine analoge Ausdehnung des § 71 StGB. auf die Verurteilung zur Freiheitsstrafe und zu Geldstrafe wegen verschiedener selbständiger Handlungen hat man für unzulässig erklärt [136]). Es wird sich also angesichts der lex lata die Notwendigkeit der Feststellung, ob im Einzelfall Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit vorliegt, für den Fall, daß neben einer Freiheitsstrafe kumulativ auf eine Geldstrafe erkannt ist und letztere eigentlich eher verjähren müßte als erstere, nicht umgehen lassen. Im Falle der Idealkonkurrenz ruht die Verjährung der Geldstrafe während der Zeit, um die die Verjährung der Freiheitsstrafe länger ist als die der Geldstrafe, während im Falle realer Konkurrenz die erkannten Strafen unabhängig voneinander verjähren mit der Verjährungsfrist, die sich aus § 70 StGB. für jede einzelne der Strafen ergibt.

Neben diesem vom Gesetz selbst getroffenen Unterschiede zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit hat man auch noch einen anderen Unterschied herauskonstruieren zu müssen geglaubt. Frank ist es, der mit der Behauptung hervortritt, daß es einen Unterschied begründe hinsichtlich der Vollstreckungsverjährung, ob ein Täter mit e i n e m Schuß eine Fensterscheibe zertrümmere, einen Menschen verletze und einen andern töte oder ob er hierzu 3 Handlungen benötige [137]). Gesetzt den Fall, es würde in beiden Fällen auf dieselbe Strafhöhe erkannt, so stünde sich der Täter nach Frank'scher Ansicht doch anders und besser im Falle Realkonkurrenz als im Falle der Idealkonkurrenz. Zu diesem Ergebnis gelangt Frank durch eine eigene Auffassung vom Wesen der Gesamtstrafe bei der Realkonkurrenz. Während bei der Idealkonkurrenz die Verjährungsfrist sich nach der Höhe der aus der schwersten Strafdrohung geschöpften Strafe bemessen soll, erblickt Frank in der Gesamtstrafe der Realkonkurrenz lediglich eine rechnerische Strafeinheit, die für die Berechnung der Verjährungsfrist ohne Belang ist. Die zur Bildung der Gesamtstrafe verwendeten Strafeinheiten bestimmen jeweils für sich selbst die Dauer der Verjährungsfrist für die einzelnen Gesetzesverletzungen. Während also bei der Idealkonkurrenz die Strafvollstreckung einheitlich verjährt, ergibt sich bei der Realkonkurrenz die Möglichkeit, daß die Vollstreckbarkeit der einzelnen auf die jeweiligen Gesetzesverletzungen erkannten Strafen infolge Zeitablaufs nach und nach

[136]) Vgl. F r a n k § 71 I.
[137]) § 74, IV.

abbröckelt. Diese selbständige rechtliche Bedeutung der der Gesamtstrafe innewohnenden Einzelstrafen [138]) wird aber von der als herrschend zu bezeichnenden Meinung in Abrede gestellt [139]). Nach dieser Ansicht ist die Gesamtstrafe, die ja zu dem ausgesprochenen Zwecke geschaffen wird, eine einheitliche Vollstreckung zu ermöglichen, auch einheitlicher Verjährung unterworfen [140]). Diese Auffassung, der wir uns anschließen zu müssen glauben, macht die nach der Frank'schen Ansicht notwendige Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit überflüssig. Maßgebend ist stets nur die Höhe der gesamten einheitlich erkannten Strafe, mag es sich um die Gesamtstrafe der Realkonkurrenz oder die Absorptionsstrafe der Idealkonkurrenz handeln.

Die Regel des § 71 StGB., die, wie wir gesehen haben, dem Richter unstreitig einen Erklärungszwang über das Vorliegen von Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit nach dem positiven Recht auferlegt, ist nicht von solchem Gewicht, daß ihre Ausmerzung, um den Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit völlig zu beseitigen, de lege ferenda nicht gefordert werden könnte. Der E. 27, der ja die Begehungsform der meheren Gesetzesverletzungen hinsichtlich des Vorliegens von Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit unserer Ansicht nach völlig ignorieren will, hat in konsequenter Durchführung dieses Strebens auf eine dem § 71 StGB. entsprechende Regel verzichtet.

§ 10.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit beim Strafantrag.

Ob und inwieweit die gesetzliche Regelung des Strafantrags den Richter zu einer Erklärung darüber, ob er Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit vorliegend für gegeben erachtet, zwingt, haben wir bereits oben untersucht, als von dem Gegenstand der Verhand-

---

[138]) Vgl. Frank § 74, IV; RG. 25, 297 (Ver.Strafs.)

[139]) Olshausen § 70 N. 7; Ebermayer § 70, V; Schwarz § 70, IV; Höpfner II, S. 226.

[140]) Höpfner a. a. O. meint eine Stütze seiner Ansicht finden zu können in der Tatsache, daß § 70, Z. 3 den Fall vorsieht, daß auf eine Gefängnisstrafe von mehr als 5 Jahren erkannt wird, was zwar nicht ausschließlich (vgl. § 57 StGB.) aber doch wesentlich nur im Falle von Realkonkurrenz vorkommt; „Es wäre eine eigentümliche Unterstellung, daß die Urheber des Gesetzes hierbei (bei § 70, Ziff. 3 StGB.) nur an § 57, nicht auch an § 74 StGB. gedacht haben sollten."

lung und der Urteilsfindung die Rede war. Wir sind im Endergebnis dazu gelangt bezüglich der idealen und realen Konkurrenz eine Unterscheidungsnotwendigkeit zu verneinen. Im einzelnen kann auf die oben gegebenen Darlegungen (§ 7 und § 8) verwiesen werden. Im folgenden braucht nur auf die Fälle der gleichartigen Realkonkurrenz und des fortgesetzten Delikts eingegangen zu werden.

Auch hier wird man, je nach der Stellung, die man dem fortgesetzten Delikt gegenüber einnimmt, zu verschiedenen Resultaten gelangen. Die Vertreter der Auffassung des fortgesetzten Delikts als natürlicher Handlungseinheit haben auf die Frage, von wann ab beim fortgesetzten Delikt die Antragsfrist zu laufen beginnt, die Antwort bereit: Maßgebend für den Lauf der Antragsfrist ist der Zeitpunkt der Kenntnis der letzten zum fortgesetzten Delikt gehörenden Einzelhandlung; eine frühere Kenntnis der früheren Einzelhandlung bedeutet nicht den Verlust des Antragsrechts [141]). Es wird nach dieser Ansicht der Antragsberechtigte in die Lage versetzt, sich eine Verletzung tausendmal stillschweigend, in Kenntnis sämtlicher Umstände in sachlicher und persönlicher Richtung, gefallen zu lassen und dann plötzlich wegen eines vielleicht gänzlich unbedeutenden Teilaktes die Strafverfolgung des Täters auch wegen der tausend vorhergegangenen Akte zu verlangen. Wenn man das Wesen der Antragsdelikte in ihrer geringfügigen Bedeutung für die Interessen der Gesellschaft bzw. in einer Kollision der Gesellschaftsinteressen mit den Interessen des Einzelnen erblickt, dann wird man selbst vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus, diese Folgerung als kriminalpolitisch durchaus unerwünscht bezeichnen müssen.

Die konsequente Durchführung der Anschauung des fortgesetzten Delikts als natürliche Handlungseinheit führt aber nicht nur dazu, sämtliche früheren Tätigkeitsakte des fortgesetzten Delikts in die durch den Strafantrag veranlaßte Strafverfolgung einzubeziehen, sondern der Antrag ist auch für die späteren Tätigkeitsakte wirksam — sei es, daß sie dem Antragsberechtigten z. Zt. der Stellung des Antrags noch nicht bekannt waren oder daß sie erst nach der Stellung des Antrags vorgenommen worden sind [142]). Es bedarf nach dieser Ansicht keiner besonderen Hervorhebung mehr, daß der Strafantrag den Täter auch dann in iudicium deduziert, wenn die dem Antragsteller bekannten und im Antrag genannten

---

[141]) Olshausen § 61, N. 34; Binding Hdb. 1, 209; Meyer-Allfeld S. 322; Dörr S. 204; Frank § 61, VIII, 3. Lobe a. a. O. S. 15 und das RG. vgl. z. B. 15, 370; 20, 226; 40, 319.

[142]) RG. 17, 227; 38, 39. Frank § 61, VIII, 3. Olshausen § 61 N. 40.

einzelnen Tätigkeitsakte für sich betrachtet schon sämtliche verjährt wären, der Täter aber inzwischen innerhalb der Verjährungsfrist liegende Tätigkeitsakte, die bislang dem Antragsberechtigten noch nicht bekannt geworden sind, begangen hat oder auch erst nach der Stellung des Antrags begeht.

Es wird nach der herrschenden Ansicht also die Unterscheidung zwischen der Handlungseinheit des fortgesetzten Delikts und der Handlungsmehrheit der gleichartigen Realkonkurrenz dahin bedeutsam, daß der Antrag wegen mehrerer real konkurrierender Handlungen stets daraufhin zu prüfen ist, ob sämtliche einzelne Tätigkeitsakte innerhalb der dreimonatlichen Antragsfrist liegen, daß ferner die im Antrag nicht genannten oder nach der Stellung des Antrags erst vorgenommenen realiter konkurrierenden Tätigkeitsakte von dem Antrage nicht umfaßt werden, während beim Vorliegen eines fortgesetzten Delikts der Antrag sämtliche einzelne Tätigkeitsakte umfaßt, wofern nur einer der vor dem Antrag liegenden innerhalb die Antragsfrist fällt oder einer dem gestellten Antrag nachfolgt [143]).

Diejenigen, die das fortgesetzte Delikt als eine lediglich juristische Zweckeinheit betrachten oder mit Höpfner lediglich eine gewisse Unselbständigkeit der einzelnen Tätigkeitsakte zugeben, werden nach Anstellung praktischer Erwägungen zu einem andern Ergebnis gelangen wie die herrschende Lehre. Höpfner [144]) meint, die Antragsfrist sei hinreichend lang bemessen, daß der Verletzte sich darüber klar werden könne, ob er die Verfolgung wolle oder nicht; ein Grund, die Antragsfrist wegen einer Wiederholung zu verlängern, sei nicht zu erfinden. Auch der oben von uns erwähnte Umstand, daß die Langmut des Verletzten diesem Handhabe bieten könnte, nachher um so schwerer über den Angeklagten herzufallen, ist in den Augen Höpfners durchaus nicht wünschenswert. So kommen die Vertreter dieser Ansicht zu dem Ergebnis, daß die Antragsfrist für jeden einzelnen Tätigkeitsakt getrennt laufe. Der Antrag bezieht sich nur auf die jeweils im Antrag genannten einzelnen Tätigkeitsakte und zwar gleichviel, ob sie vor der Stellung des Strafantrags — sofern sie eben noch nicht verjährt sind — liegen oder nach der Stellung des Strafantrags — sofern man es für zulässig hält, daß ein Strafantrag mit rechtlicher Wirkung vor Begehung der Tat gestellt werden kann. — Eine

[143]) Daß der Antrag wirksam gestellt werden kann, wenn er die Tat als ein bestimmtes Geschehnis bezeichnet, bevor die strafbare Handlung verwirklicht wurde, wird bejaht von Frank § 61, VIII, 11; Lobe S. 15. RG. 38, 434; RG. Recht 1, 614; Goltd. A. 60, 438.

[144]) II, S. 228 II 1.

Beschränkung des Antrags in den gemeinhin als fortgesetztes Delikt angesehenen Fällen ist unseres Erachtens genau so möglich wie in den Fällen der unbestrittenen Realkonkurrenz [145]). Damit entfällt auch hier die Notwendigkeit für den Richter, sich über das Vorliegen von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit zu entscheiden und zu erklären.

Vom kommenden Recht wird bei der Tendenz des E. 27, jede Unterscheidungsnotwendigkeit zu beseitigen, in diesem Punkt eine Änderung nicht zu befürchten sein. Die Regelung der Materie hat der E. 27, der statt von Verbrechen, die nur auf Antrag verfolgt werden können, von solchen spricht, die nur auf Verlangen oder mit Zustimmung verfolgt werden können mit Rücksicht auf ihre prozessuale Natur einer Ergänzung der Strafprozeßordnung überlassen.

§ 11.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Teilnahme.

Auf dem Wege, die Unrichtigkeit des Gedankens, daß der Gesetzgeber den tatsächlichen Vorgängen hinsichtlich Handlungseinheit und Handlungsmehrheit Rechnung tragen müsse, nachzuweisen, kommen wir auch auf die Lehre von der Teilnahme. Es bietet diese Materie nach der Ausgestaltung, die sie im geltenden Recht erfahren hat, für die Frage nach Handlungseinheit und Handlungsmehrheit nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Zwei Fragen sind es insbesondere, die in diesem Zusammenhang unser Interesse erregen. Die erste geht dahin: Begründet es einen rechtlichen Unterschied und die Notwendigkeit einer Unterscheidung, ob eine Teilnahmeakt an einer Handlung geleistet wurde, die nur auf die Verwirklichung e i n e s gesetzlichen Tatbestands gerichtet war oder ob der sowohl in subjektiver als objektiver Beziehung identische Teilnahmeakt geleistet wurde zu einer Handlung, die mehrere gesetzliche Tatbestände verwirklicht? Die Frage geht darauf hinaus, ob sich die Teilnahme an ideell konkurrierenden Delikten, wenn sich die Vorstellung des Teilnehmers auf eines oder das andere der ideell konkurrierenden Delikte beschränkt, als Teilnahme lediglich an diesem oder an sämtlichen ideel konkurrierenden Delikten darstellt.

[145]) Während nach der herrschenden Ansicht eine Beschränkung des Antrags auf einzelne Tätigkeitsakte angesichts des § 63 StGB., der eine Teilung des Antrags für nicht zulässig erklärt, unmöglich erscheint.

Bei Bejahung der letzteren Alternative müßte der Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit dahin bedeutsam werden, daß bei real konkurrierenden Delikten sich eine Teilnahmehandlung auf eines derselben beschränken könnte, während bei der Idealkonkurrenz Teilnahme nur an der Tat in der Gesamtheit ihrer konkurrierenden rechtlichen Beziehungen möglich wäre. Auf das Gebiet des fortgesetzten Delikts übersetzt, müßte diese Frage lauten: Ist eine Teilnahme an einzelnen Akten des fortgesetzten Delikts möglich oder erscheint ein solcher Teilnahmeakt als Teilnahme am gesamten Umfang des fortgesetzten Delikts? Bei Bejahung der letzteren Alternative ergäbe sich wiederum die Unterscheidungsnotwendigkeit zwischen fortgesetztem Delikt und den Fällen der gleichartigen Realkonkurrenz.

Die zweite uns interessierende Frage ist die: Hat die Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit beim Vorliegen mehrerer Gesetzesverletzungen zufolge des Grundsatzes der Akzessorietät der Teilnahme Einfluß auf die Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit der mehreren Teilnahmeakte?

Anlangend die erstere Frage erscheint diese, wenn man das Verbrechen als Tatbestandsverwirklichung auffaßt, zunächst unverständlich [146]). Es scheint uns unbestreitbar, daß eine Handlung, die sich als Teilnahmeakt eines von mehreren ideell konkurrierenden Delikten darstellt, nicht zugleich auch Teilnahmeakt an den andern ideell konkurrierenden Delikten zu sein braucht. Erfordert doch der Begriff der Teilnahme, in welcher der gesetzlichen Formen sich auch diese darstellen mag, neben der objektiven Teilnahmehandlung wie jede selbständige Gesetzesverletzung einen subjektiven Tatbestand. Mangelt es an diesem subjektiven Tatbestand, so liegt eine Teilnahmehandlung eben nicht vor. Dies rechtfertigt den Schluß, daß die Teilnahmehandlung auch nicht über ihren subjektiven Tatbestand hinausgehen kann. Die Teilnahmehandlung interessiert uns, mag die Tat, an der teilgenommen wurde, gleichwohl kausal geworden sein für mehrere Gesetzesverletzungen, in strafrechtlicher Beziehung nur insoweit, als sie schuldhafte Teilnahme an einer Tatbestandsverwirklichung ist [147]).

So einleuchtend das erscheint, hat man doch aus der akzessorischen Natur der Teilnahme schließen zu müssen geglaubt [148]), daß

[146]) Beling L. v. V. S. 321; Merkel Vergl. Darst. A. 5, 270 ff.

[147]) Lobe Einl. S. 71: Der Teilnehmer haftet für den Erfolg der Haupttat nur soweit als diese auch innerhalb seines Vorsatzes liegt und von seinem Willen mitumfaßt wird.

[148]) Vgl. Höpfner II, S. 230, Anm. 1.

die Teilnahme an einer Handlung, die in mehrfacher Beziehung von strafrechtlicher Bedeutung ist, stets den strafrechtlichen Charakter der Haupttat in vollem Umfange teile. Aber diese Auffassung von der akzessorischen Natur der Teilnahme erscheint abwegig. Wenn auch das positive Recht die Teilnahme nicht als ein delictum sui generis ausgestaltet hat[149]), sondern in eine gewisse Abhängigkeit stellt zur Haupttat, so darf doch nicht behauptet werden, daß diese Abhängigkeit sich in allen etwa auftauchenden Fragen auszuwirken hätte. Die akzessorische Natur der Teilnahme besteht vielmehr lediglich darin, daß die Strafbarkeit und der Strafrahmen der Teilnahme bedingt bzw. bestimmt ist durch die Haupttat. Was die akzessorische Natur verlangt ist eine „Haupttat", ein Verbrechen (rechtswidrige, schuldhafte Tatbestandsverwirklichung), denn nur an einem Verbrechen kann teilgenommen werden, nicht an einem Nichtverbrechen[150]). Wenn die akzessorische Natur der Teilnahme aber nichts weiteres verlangt, dann kann mit Fug nicht gesagt werden, daß sie ein „Teil" des Verbrechens des Haupttäters sei und deshalb auch die Schuld der mit der Haupttat in eintätigem Zusammenfluß begangenen Verbrechen leiden müsse. Dann ist die Vorstellung des Teilnehmers entscheidend für die rechtliche Qualifikation seiner Teilnahmehandlung. Es folgt diese Ansicht auch schon aus dem Gedanken heraus, daß hier eine dem Exzeß verwandte Erscheinung vorliegt. Auch beim Exzeß tut ein Haupttäter etwas, was von der Vorstellung des Teilnehmers nicht mitumfaßt ist. Hier haftet ja der Täter nach einhelliger Meinung für den Erfolg der Haupttat nur insoweit, als der Erfolg von seinem Vorsatze mitumfaßt war. Dieser Fall weist aber mit dem hier zur Untersuchung stehenden in den wesentlichen Punkten eine derartig weitgehende Übereinstimmung auf, daß wir keinen Grund finden können von den Regeln über den Exzeß hier irgendwie abzuweichen.

Es würde ein weiteres Eingehen auf diese Frage den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Was aber nach den getroffenen Feststellungen jetzt schon gesagt werden kann und für unsere Untersuchung auch allein wesentlich ist, ist das, daß schon für den Bereich des geltenden Rechts die Teilnahmelehre nicht zwingt, zwischen den Fällen der idealen und denen der realen Konkurrenz eine Unterscheidung zu üben. Gleichviel, ob es sich um die Teilnahme an einer Handlung handelt, die eine einfache Verwirklichung eines einzelnen Tatbestandes darstellt, oder ob tätlicher Zusammenfluß vorliegt, stets ist neben der Frage der Strafbarkeit

---

[149]) Vgl. auch Höpfner Z. 26, 617 ff.; 27, 473 ff.
[150]) Beling, L. v. V. S. 416.

der Haupttat für die Bestrafung der Teilnahme nur entscheidend, welche Vorstellung vom Eintritt des Erfolges der Teilnehmer bei Vornahme seiner Teilnahmehandlung hatte oder doch haben mußte [151]).

Bei den gemeinhin als „fortgesetztes Delikt" angesehenen Fällen wird die Frage, ob die Teilnahme an einem einzelnen Akt des fortgesetzten Delikts schlechthin Teilnahme am ganzen Delikt sei, von der Wissenschaft häufig in bejahendem Sinne beantwortet [152]). Die Auffassung des „fortgesetzten Delikts" als eine der natürlichen Anschauung entnommene Handlungseinheit läßt unseres Erachtens eine andere Ansicht auch gar nicht zu. Der Schluß, daß die Teilnahme an einem einzelnen Tätigkeitsakt des fortgesetzten Delikts Teilnahme am ganzen fortgesetzten Delikt sei, weil der einzelne Tätigkeitsakt ja seinerseits ebenfalls nur ein Teil des fortgesetzten Delikts sei, ist logisch zwingend. Die Folgen dieser Ansicht sind aber unerträglich. In vielen Fällen wird der Teilnehmer keine Ahnung davon haben, daß er statt — wie er meint — an einer ziemlich belanglosen Gesetzesverletzung an einem Verbrechen von ungeahntem Ausmaße teilnimmt. Die sich aus dieser Ansicht ergebenden Härten werden sich häufig auch im Wege vernünftiger Strafzumessung nicht ausgleichen lassen [153]). Die Unterscheidung zwischen der Handlungseinheit des „fortgesetzten Delikts" und der Handlungsmehrheit der gleichartigen Realkonkurrenz müßte sich hiernach in einem wahrhaft exorbitant anmutenden Maße auswirken. Das hat dazu geführt, daß die überwiegende Meinung [154]) die Möglichkeit einer auf einen Einzelakt des fortgesetzten Delikts beschränkten Teilnahme anerkannt hat. Von größtem Interesse ist es für uns, auch das RG. unter den Vertretern dieser Meinung zu finden [155]). Von Interesse deshalb, weil das RG. als Verfechter der natürlichen Handlungseinheit des fortgesetzten Delikts hier zum Ausdruck bringen muß, daß die Bildung

---

[151]) Die Möglichkeit fahrlässiger Teilnahme wird allerdings von der herrschenden Meinung geleugnet. Vgl. hierzu RG. 53, 27; 51, 39; 45, 88. Frank Einl. z. dritten Abschn. IV, 2; Liszt §§ 50—52.

[152]) Dörr S. 211; Meyer-Allfeld S. 258; Farnbacher Ger.Saal Bd. 54, S. 387.

[153]) Höpfner II. S. 231: „Die unerquicklichen praktischen Konsequenzen machen sich geltend, wenn bei Zolldefrauden die Strafe ein vielfaches des defraudierten Betrages beträgt, beim Täter fortgesetztes Verbrechen festgestellt wird, und nunmehr nach der für dieses den Täter treffenden Strafe die Gehülfenstrafe gemäß §§ 49, 44 Abs. 4 zu berechnen ist, also in minimo ein Viertel der vielleicht sehr großen Strafe des Täters beträgt, während seine Unterstützung sich in Wirklichkeit vielleicht auf einen geringfügigen Einzelakt bezieht, oder gar die Strafe des Anstifters zum Einzelakt gleich der Strafe für das fortgesetzte Verbrechen des Täters bemessen werden müßte."

einer Einheitsvorstellung doch nur auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit gestützt wird. Nach RG. 56, 326 hängt die Zusammenfassung der einzelnen Tätigkeitsakte zu einer Handlung ausschließlich mit der Person des Täters zusammen, von dessen einheitlichem Vorsatz sie umfaßt sind. Den Gedankengang des RG. halten wir nicht für richtig. Eine vom Standpunkt der natürlichen Anschauung aus gewonnene Vorstellung einer Handlungseinheit geht nie und nimmer dadurch verloren, daß man die einheitliche Handlung zu jemand anderem als dem Täter in Beziehung setzt. Der subjektive Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte wird dadurch nicht unterbrochen, daß der Teilnehmer am einzelnen Tätigkeitsakt von ihm keine Kenntnis hat. Seiner subjektiven Anschauung ist keineswegs eine solche Tragweite beizumessen, daß sie die auf Grund der natürlichen Anschauung des täglichen Lebens gewonnene Einheitsvorstellung sprengte. Der Standpunkt des RG. beleuchtet vielmehr die Situation blitzartig dahin, daß der reichsgerichtlichen Judikatur hinsichtlich des „fortgesetzten Delikts" im Grunde nicht eine der natürlichen Anschauung entnommene Handlungseinheit vorschwebt, sondern eine auf Erwägungen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit beruhende juristische Fiktion im Interesse des Täters [156]), ein Gedanke, der um so größere Beachtung verdient, als auch schon anläßlich früherer Erkenntnisse z. B. RG. 26, 176 der Auffassung Ausdruck gegeben war, das fortgesetzte Delikt sei eine r e c h t l i c h e Einheit.

Von unserem Standpunkt aus, daß das „fortgesetzte Delikt" im kommenden Recht eine Existenzberechtigung überhaupt nicht habe, gelangen wir zu denselben Ergebnissen wie das RG

Es haftet der Teilnehmer stets nur in dem Umfange für seine Teilnahmehandlung, als sie schuldhaft und rechtswidrig ist. Das Prinzip der Akzessorität der Teilnahme, das in seiner seitherigen Gestaltung nur Unklarheit in die Teilnahmelehre, soweit sie hier von Belang ist, hereinzutragen geeignet war, hat zudem der E. 27 fallen lassen und die Teilnahme zu einem delictum sui generis erhoben.

Anlangend die zweite Frage, ob beim Vorliegen mehrerer Teilnahmehandlungen diese die Begehungsform hinsichtlich Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit der Haupttat bzw. Haupt-

---

[154]) F r a n k § 74, V; R a t h e n a u Ger.Saal Bd. 56, S. 81 ff Neuerdings auch O l s h a u s e n I. Teil, 3. Abschn. N. 13 c.

[155]) RG. 17, 227; 23, 300; 34, 5; 48, 206; 56, 326.

[156]) Wenn an anderer Stelle das Vorliegen einer juristischen Fiktion geleugnet wird und von einer natürlichen Anschauung geredet wird, dann beruht dies wahrscheinlich auf der Erkenntnis, daß die Annahme einer juristischen Fiktion jedenfalls de lege lata einer gesetzlichen Grundlage völlig entbehrt.

taten teilen, kommen wir zunächst auf den Fall zu sprechen, daß an einer und derselben Handlung durch mehrere Teilnahmehandlungen teilgenommen wird. Liegen mehrere gleichartige Teilnahmehandlungen vor, z. B. mehrere Beihilfehandlungen, so müßte, wenn sich dieselben nicht als eine einheitliche Handlung — nach unseren oben herausgeschälten Kriterien — darstellen, konsequenterweise der § 74 StGB. zur Anwendung kommen. Derartige mehraktige Beihilfehandlungen werden indes auch dann, wenn sie — was allerdings äußerst selten sein wird — nicht eine natürliche Handlungseinheit bilden, doch rechtlich zu einer einheitlichen Beihilfe, einer Art Kollektivdelikt zusammengefaßt[157]). Es findet auf die Teilnahmehandlungen also weder der § 73 StGB. noch § 74 StGB. Anwendung. Derselbe Gedanke, daß mehrere Teilnahmeakte an einer einheitlichen Haupttat nur eine einheitliche Teilnahmehandlung bilden, soll sich beim Zusammentreffen verschiedener Teilnahmeformen dahin auswirken, daß die leichtere Teilnahmeform in der schwereren Teilnahmeform aufgeht. Die weniger umfassendere Teilnahmeform soll der umfassenderen subsidiär sein[158]).

Den Ergebnissen, zu denen die als durchaus herrschend zu bezeichnende Meinung gelangt, werden wir im allgemeinen beistimmen, der prinzipiellen Einstellung dagegen nicht. Es werden sich im Normalfalle zugegebenermaßen sämtliche Teilnahmeakte nur als einheitliche einmalige Gesetzesverletzung darstellen, so daß die Frage nach § 73 bzw. § 74 StGB. gar nicht auftauchen kann. Denkbar sind jedoch auch Fälle, wo die mehreren Teilnahmeakte mehreren Gesetzesverletzungen entsprechen. Man denke z. B. daran, daß ein Gehilfe zu wiederholten Malen durch Versprechen zu verschiedenen Teilnahmeakten an einer strafbaren Handlung bestimmt wird, deren Einheitlichkeit ihm nicht einmal bewußt geworden zu sein braucht. Hier würden wir im Gegensatz zu der herrschenden Meinung die mehrfache Strafbarkeit des Gehilfen wegen der mehreren Gesetzesverletzungen bejahen. Nach unserer Ansicht wäre es also ohne Belang, ob die mehreren Teilnahmeakte an verschiedenen Handlungen oder derselben Handlung vorgenommen werden; nach herrschender Meinung aber wäre zwischen beiden Fällen eine gewichtige Unterscheidung zu treffen.

Die Ansicht des RG., daß im Falle einer einheitlichen Haupttat die mehreren Teilnahmehandlungen ebenfalls notwendig eine Tateinheit darstellen, erscheint um so ungerechtfertigter, wenn man

---

[157]) Vgl. hierzu Lobe Leipz.Komm. S. 72.

[158]) RG. 47, 372; 48, 207, 53, 190; 59, 396. V Liszt S. 229, Meyer-Allfeld S. 210; Olshausen § 48 N. 26; Lobe Leipz.Komm. S. 72.

sich vorhält, daß nicht nur die Teilnahmeakte an einer einheitlichen Tatbestandsverwirklichung zu einer Einheit zusammengefaßt werden, sondern auch die Teilnahmeakte an verschiedenen Delikten, sofern diese nur idealiter konkurrieren[159]). Und zwar wird hier unterschieden zwischen dem Fall, daß die einzelnen Teilnahmeakte jeweils auf die Tat in toto verwandt wurden und dem Fall, daß an verschiedenen Delikten der einheitlichen Tat durch verschiedene Teilnahmehandlungen teilgenommen wurde. Ersterenfalls liegt die Sache wie im Falle der Teilnahme an einer einfachen Tatbestandsverwirklichung. Gleichartige Teilnahmeakte werden zu einer kollektiven Einheit zusammengefaßt, bei ungleichartigen Teilnahmeformen tritt die minder gewichtige hinter die umfangreichere zurück: es liegt weder ein Fall des § 73 noch § 74 StGB. vor. Anderenfalls treten die Teilnahmehandlungen miteinander in Konkurrenz. Nach unseren oben getroffenen Feststellungen, daß die Teilnahmehandlungen neben den objektiven Teilnahmeakten auch einen subjektiven Tatbestand erfordern, der sehr wohl auf das eine oder andere der ideell konkurrierenden Delikte beschränkt sein kann, läßt sich die Möglichkeit ausdenken, daß die mehreren Teilnahmehandlungen an ideell konkurrierenden Tatbestandsverwirklichungen realiter oder idealiter konkurrieren. Hier aber stellt das RG. unter Berufung auf die akzessorische Natur der Teilnahme den Satz auf, die Konkurrenzform der Teilnahmehandlungen richte sich nach der Konkurrenzform der Delikte, an denen teilgenommen wird. Es können also die mehreren Teilnahmeakte an den ideell konkurrierenden Delikten ihrerseits selbst nur in idealer Konkurrenz stehen, ganz unbekümmert darum, ob sie sich der natürlichen Anschauung als Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit darstellen.

Den umgekehrten Fall, daß durch einen einzelnen Tätigkeitsakt teilgenommen wird an verschiedenen selbständigen Haupttaten, löst das RG. aus dem Gedanken der Akzessorietät der Teilnahme heraus dahin, daß die Zahl der Handlungen, an denen teilgenommen wird, über die Zahl der Teilnahmehandlungen, die in dem einzigen Teilnahmeakt zu finden sein sollen, entscheidet. Es ist z. B. im Falle der Anstiftung reale Konkurrenz so vieler Reate anzunehmen, als nach dem Willen des Anstifters von den Angestifteten verübt werden sollten und verübt worden sind[160]). „Denn von einer idealen Konkurrenz im Sinne des § 73 StGB., welche übrigens nur dann vorliegt, wenn eine und dieselbe Hand-

---

[159]) RG. 36, 25.

[160]) RG. 5, 229; 8, 153; 3, 684; 4, 95; 51, 101. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, S. 180. Schwartz Anm. 8 § 73. Binding Hdb. I, S. 586. Merkel S. 147.

lung verschiedene Strafgesetze verletzt, kann nicht die Rede sein, weil die Anstiftung für sich allein ein indifferenter Akt ist und kein Strafgesetz verletzt, unter „Handlungen" in den §§ 73 und 74 a. a. O. aber strafbare Handlungen zu verstehen sind [161]).

Daß die Teilnahmehandlung für sich allein genommen ein rechtlich indifferender Akt sei, ist schlechthin unrichtig [162]). Die Ansicht des RG., daß die Teilnahme die Begehungsform der Haupttat teile, beruht auf einer völligen Verkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme. Wir sind dieser Ansicht schon oben dadurch entgegengetreten, daß wir die Wirkungen der Akzessorietät viel enger begrenzten. Wie sollte es auch im Bereich der Strafgesetzbuchs, das seinen Handlungsbegriff der natürlichen Anschauung entnimmt, möglich sein, daß aus einer Einheit nach der natürlichen Betrachtungsweise zu Gunsten einer juristischen Konstruktion eine Vielheit oder umgekehrt aus einer natürlichen Handlungsmehrheit ohne ausdrücklichen gesetzlichen Rückhalt eine künstliche Einheit wird. „Niemals vermag die Theorie eine einzige Handlung, die mehrere zu verschiedenen Handlungen anstiftet, zu mehreren natürlichen Handlungen zu stempeln." [163])

Der Ansicht des RG. gegenüber stellen wir fest, daß sie vom Richter eine Entscheidung darüber verlangt, ob er eine einheitliche Haupttat oder mehrere selbständige Haupttaten für vorliegend erachtet. Von seiner Entscheidung wird es abhängen, ob er eine oder mehrere Teilnahmehandlungen mit Strafe zu belegen hat. Wenn wir nun auch der herrschenden Meinung dahin recht geben, daß die Ansicht des RG. unhaltbar ist, so enttäuscht uns die herrschende Meinung doch deshalb wieder, weil sie ebenfalls vom Richter eine Entscheidung darüber verlangt, ob Handlungseinheit oder -mehrheit vorliegt. Zwar soll nicht mehr die Haupttat entscheidend sein darüber, wie viele Teilnahmehandlungen vorliegen, sondern es sollen die einzelnen Teilnahmeakte selbst auf ihre Zusammengehörigkeit bzw. Selbständigkeit hin untersucht werden. Unseres Erachtens hat aber auch hier der E. 27 eine Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit überflüssig gemacht. Auch hier darf dem Richter die mühsame und oft überhaupt nicht zu bewältigende Arbeit einer Feststellung, ob Handlungseinheit oder -mehrheit vorliegt, nicht zugemutet werden. Die Erhebung der Teilnahme aus der Akzessorietät zu einem delictum sui generis im 4. Abschnitt des 1. Buchs des Allgemeinen

---

[161]) RG. 5, 229.

[162]) Von einer eingehenderen Begründung sehen wir ab. Vgl. Höpfner I, S. 193 ff.

[163]) Lobe, Leipz.Komm. S. 72. Höpfner a. a. O. v. Liszt S. 229. Meyer-Allfeld S. 211. Frank S. 211. Olshausen § 73 N. 19.

Teils E. 27 erübrigt im Zusammenhang mit der Einheitsstrafe des E. 27 die Feststellung der Einheit oder Mehrheit der mehreren Teilnahmehandlungen.

Die der Teilnahme verwandten Erscheinungen Begünstigung und Hehlerei verlangen ebenfalls keine dahingehende Unterscheidung mehr.

§ 12.

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bei der Frage nach Ort und Zeit der Tat.

Die Frage nach Begehungsort und Begehungszeit eines Verbrechens hat für den Gegenstand unserer Untersuchungen, ob die Natur der Sache selbst eine Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit erfordere, in mehrfacher Beziehung gewichtige Bedeutung. Es ist zwar weniger der Unterschied zwischen der Handlungseinheit der Idealkonkurrenz und der Handlungsmehrheit der Realkonkurrenz, der hier von Bedeutung wird, als vielmehr der Unterschied zwischen den gemeinhin als fortgesetztes Delikt angesehenen Fällen und denen der gleichartigen Realkonkurrenz. Die Idealkonkurrenz bietet um deswillen hier kaum Bemerkenswertes, weil sie ja gerade einen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang fordert, so daß hier nur dieselben Fragen auftauchen können, wie sie auch bei einer einfachen Tatbestandsverwirklichung sich ergeben [164]).

Die hinsichtlich des fortgesetzten Delikts auftauchenden Fragen lassen sich dahin einteilen:

a) Welche einzelne Tätigkeitsakte unterliegen der deutschen Strafgerichtsbarkeit?

b) Nach welchen Tätigkeitsakten bestimmt sich der Gerichtsstand?

c) Welche Folgen hat eine Änderung des Strafgesetzes während der Dauer des Delikts?

Zu a): Der § 3 des Deutschen Strafgesetzbuchs bestimmt, daß auf im Gebiete des Deutschen Reichs begangene strafbare Handlungen die Strafgesetze des Deutschen Reichs Anwendung zu fin-

---

[164]) Fällen wie dem, daß der Eisenbahnräuber jenseits der deutschen Grenze eine im Coupé allein reisende Dame überfällt, sie bindet und beraubt und dann, nachdem der Zug inzwischen die Grenze passiert hat, die Gebundene auch noch vergewaltigt, haftet das Gesuchte des Schulbeispiels so sehr an, daß wir uns eine Stellungnahme ersparen zu können glauben.

den haben, während wegen der im Ausland begangenen Verbrechen und Vergehen nach § 4 Abs 1 StGB. in der Regel keine Verfolgung stattfinden soll. Den Fall, daß ein Verbrechen zum Teil im Inland, zum Teil im Ausland begangen ist, hat das Gesetz einer ausdrücklichen Regelung nicht unterzogen. Selbstverständlich darf hier trotzdem kein Augenblick der Gedanke auftauchen,daß in derartigen Fällen das Verbrechen überhaupt straflos bleiben solle. Die Fadenscheinigkeit der Argumentation, daß die deutschen Strafgesetze keine Anwendung finden sollten, weil ein Teil der einheitlichen Handlung im Ausland begangen sei, liegt auf der Hand. Die Wissenschaft hat daher kein Bedenken getragen, ein Verbrechen als im Inland begangen anzunehmen, wenn auch nur ein oder einzelne der mehreren Ausführungsakte im Inland getätigt wurden [165]).

Was nun das „fortgesetzte Delikt" anlangt, so haben wir gesehen, daß die herrschende Meinung dessen natürliche Einheit behauptet. Es kann also auch die Frage nach dem Begehungsort die Einheit des fortgesetzten Delikts nicht dahin auflösen, daß man sagen könnte, der einzelne Tätigkeitsakt ist da und dort verübt worden, während die andern Tätigkeitsakte an anderen Orten begangen wurden. Den Schwierigkeiten, die sich aus dem Mangel eines dem einheitlichen Charakter des fortgesetzten Delikts entsprechenden einheitlichen Begehungsortes ergeben, ist man — das RG. an der Spitze — dahin aus dem Wege gegangen, daß man das fortgesetzte Delikt als überall da begangen bezeichnet, wo ein einzelner Tätigkeitsakt vorgenommen wurde. Die Lücke zwischen §§ 3 und 4 Abs. 1 StGB. hat man für den Fall des fortgesetzten Delikts gleichfalls dahin ausgefüllt, daß das fortgesetzte Delikt seiner Einheitlichkeit und Untrennbarkeit wegen als eine im Gebiet des Deutschen Reichs begangene Handlung sich darstellt, wenn auch nur ein Teil der mehreren Tätigkeitsakte im Inland, die übrigen aber (vielleicht die überwiegende Mehrzahl) im Ausland begangen wurden. Der vom RG. dargelegten Ansicht kann die Konsequenz nicht abgesprochen werden. Die Ansicht, daß gemäß § 3 StGB. sämtliche einzelnen Tätigkeitsakte des fortgesetzten Delikts als im Inland begangen bestraft werden können und müssen, zwingt aber natürlich zur Unterscheidung der Fälle des fortgesetzten Delikts von denen der gleichartigen Realkonkurrenz. Letzterenfalls sind nur diejenigen Tätigkeitsakte der deutschen Strafgerichtsbarkeit unterworfen, die im Gebiete des Deutschen Reichs begangen wurden, die im Ausland begangenen Akte sind

[165]) v. Bar S. 235. Birkmeyer, D.Str.Proz.Recht S. 188. Merkel, S. 276. Meyer-Allfeld S. 119; Kitzinger S. 173. RG. 7, 445; 11, 20; 20, 170.

der deutschen Strafgerichtsbarkeit, es sei denn im Rahmen des § 4 RStGB., nicht zugänglich, während ersterenfalls sämtliche Einzelakte zur Bestrafung herangezogen werden. Dies auch dann, wenn das deutsche Strafgesetz ungleich strenger ist als das doch ebenfalls verletzte ausländische Strafgesetz. Kitzinger zieht sogar aus der herrschenden Ansicht die unerfreuliche Folgerung, daß im Ausland verübte, nach der lex loci straflose Einzelakte des fortgesetzten Delikts dann zum Gegenstand einer Bestrafung zu machen seien, wenn das Delikt im Inland fortgesetzt werde und nach inländischem Recht strafbar sei.

Die unerquicklichen Folgen der herrschenden Ansicht einerseits und eine prinzipiell andere Einstellung gegenüber der Erscheinung des fortgesetzten Delikts andererseits haben verschiedene Autoren dazu geführt, im Ausland begangene Einzelakte vom Zugriff der deutschen Strafgerichtsbarkeit auszuschließen. Kitzinger[166]) führt den Wegfall der im Ausland vorgenommenen Akte auf die „Doppelnatur" des fortgesetzten Delikts zurück. Er spaltet die auf dem Wege der natürlichen Anschauung gewonnene Handlungseinheit wieder in einzelne selbständige Teile, indem er darzulegen sucht, daß im Grunde die einzelnen Tätigkeitsakte doch selbständige Verbrechen seien. Wie Kitzinger indes die auf dem Wege der natürlichen Anschauung gewonnene Einheit des fortgesetzten Delikts mit der Selbständigkeit seiner Akte vereint, bleibt unverständlich. Etwas anderes ist es, wenn Beling, dessen Stellung zum fortgesetzten Delikt von der Ansicht beherrscht ist, daß das fortgesetzte Delikt lediglich eine aus der falschen Regulierung der Bestrafungsprinzipien heraus zu erklärende juristische Konstruktion sei, ausführt, zur Konstruktion der Einheit des fortgesetzten Delikts könne erst dann geschritten werden, wenn jeder Einzelakt, der im Grunde doch eine selbständige Handlung darstellt, daraufhin untersucht ist, ob er für sich allein betrachtet eine Bestrafung leiden müsse. Die Untersuchung hat sich selbstverständlich auch in der Richtung zu erstrecken, ob der Einzelakt in zeitlicher und räumlicher Beziehung von dem anzuwendenden Strafgesetz erfaßt werden kann.

Unserer eigenen Ansicht nach ist mit dem Wegfall der Regulierung der falschen Bestrafungsprinzipien die Notwendigkeit, zu der Konstruktion des fortgesetzten Delikts zu schreiten, überhaupt weggefallen.

Der E. 27 bringt, wenn man nicht mit uns dahin einig geht, daß dem fortgesetzten Delikt jegliche Existenzberechtigung genommen sei, keine Änderung der Sachlage. Die aus der Praxis des RG. heraus erwachsene herrschende Ansicht, das fortgesetzte Delikt

---

[166]) S. 242.

sei überall da begangen, wo ein Tätigkeitsakt des fortgesetzten Delikts Verwirklichung gefunden habe, hat nun in § 8 Abs. 1 E. 27 gesetzlichen Ausdruck erfahren. Die genannte Stelle enthält die Bestimmung, daß eine strafbare Handlung an dem Orte begangen sei, an dem der gesetzliche Tatbestand ganz oder zum Teil verwirklicht worden ist. Eine Bejahung der natürlichen Einheit des fortgesetzten Delikts wird also auch de lege ferenda die Erfassung der nicht im Inland begangenen Tätigkeitsakte bei der Strafanwendung erheischen, während die Verneinung der natürlichen Einheit die Erfassung der im Ausland begangenen Einzelakte nur im Rahmen der §§ 5 bis 7 E. 27 zulassen und erheischen würde.

Zu b): Bei der Frage nach dem Begehungsort bei der Bestimmung des Gerichtsstandes bietet die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen dagegen keinen Anlaß eine Unterscheidung von den Fällen der gleichartigen Realkonkurrenz zu treffen, zu welcher Auffassung vom Wesen des fortgesetzten Delikts man sich auch bekennen mag. Auch hier hat — wie bei der Frage nach dem Begehungsort — der Gesetzgeber an den Fall nicht gedacht, daß die Ausführung einer Tatbestandsverwirklichung von einem Gerichtsbezirk in einen andern hinüberspielen kann. Da im Sinne des Prozeßrechts im allgemeinen derselbe Ort als Begehungsort gelten soll wie nach materiellem Recht[167]) und für den Bereich des materiellen Rechts, wie wir gesehen haben, eine Handlung als überall da begangen angesprochen wird, wo ein einzelner Tätigkeitsakt stattgefunden hat, so ist der Gerichtsstand für das fortgesetzte Delikt vom Standpunkt dessen natürlicher Auffassung aus an all den Orten begründet, wo ein Einzelakt stattgefunden hat.

Bei der Leugnung des Begriffes des fortgesetzten Delikts oder seiner Auffassung als einer lediglich juristischen Konstruktion scheint man zunächst zu anderen Ergebnissen zu gelangen. Wie in den Fällen der Realkonkurrenz hätte nach letzterer Ansicht jeder einzelne Tätigkeitsakt einen besonderen Gerichtsstand am Orte seiner Begehung § 7 StGB. Der Notwendigkeit zwischen der Einheit des fortgesetzten Delikts und der Mehrheit der Realkonkurrenz zu unterscheiden wird aber die herrschende Meinung dadurch enthoben, daß nach den §§ 3 und 13 der positiven Strafprozeßordnung schon das zufällige Zusammentreffen mehrerer völlig selbständiger Delikte genügt, um einen gemeinsamen Gerichtsstand zu begründen an sämtlichen Orten, wo auch nur eines der mehreren realiter konkurrierenden Delikte begangen wurde[168]).

---

[167]) Ebermayer § 3 10. RG. 15, 232; 23, 157.

[168]) Der E. 27 bringt hierin keine Änderung. Die Bestimmung des Gerichtsstandes bleibt als eine Frage lediglich prozessualer Natur auch fürder der Prozeßordnung überlassen.

Zu c): Die Frage, welchen Einfluß auf die Unterscheidungsnotwendigkeit zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit die Begehungszeit hat, läßt sich in verschiedene Unterfälle einteilen:

aa) Es stehen mehrere Einzelakte zur Betrachtung, von denen ein Teil zeitlich in den Geltungsbereich des Strafgesetzes fällt, während ein anderer Teil der mehreren Tätigkeitsakte zeitlich vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzes liegt.

bb) Von den mehreren zur Betrachtung stehenden Einzelakten fallen einige zeitlich in den Geltungsbereich eines Strafgesetzes, während andere nach dem Aufhören des Strafgesetzes begangen worden sind.

cc) Einige der mehreren Tätigkeitsakte sind unter einem früheren milderen Strafgesetz, die andern unter einem späteren strengeren Strafgesetz begangen.

dd) Einige der mehreren Tätigkeitsakte sind unter einem früheren strengeren, die andern unter einem späteren milderen Strafgesetz begangen.

Zu aa): Die Ansicht, die im fortgesetzten Delikt einen Fall der auf die natürliche Betrachtungsweise gestützten Handlungseinheit zu erkennen meint, müßte, wenn einzelne Tätigkeitsakte des einheitlichen fortgesetzten Delikts vor dem zeitlichen Geltungsbereich des Strafgesetzes liegen, konsequenterweise die Auffassung vertreten, daß auch die vor dem Geltungsbereich des Strafgesetzes liegenden Einzelakte ob der Unteilbarkeit des fortgesetzten Delikts zum Gegenstand der Strafverfolgung zu machen seien. Diese Auffassung hätte die Folge, daß zwischen dem fortgesetzten Delikt und den Fällen der Realkonkurrenz geschieden werden müßte, denn letzterenfalls würden selbstverständlich nur diejenigen realiter konkurrierenden Einzelakte, die nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzes begangen wurden, den Gegenstand der Strafverfolgung bilden. Die herrschende Meinung hat jedoch mit dem RG. an der Spitze diese Konsequenz nicht gezogen[169]), weil die vor dem Erlaß des Strafgesetzes liegenden Tätigkeitsakte nicht „im Sinne des zur Zeit des Abschlusses (der Tätigkeit) geltenden Strafgesetzes als strafbar zu würdigen" seien[170]). Auch an dieser Stelle kommt wieder einmal deutlich zum Ausdruck, daß das RG. von der von ihm behaupteten natürlichen Handlungseinheit des fortgesetzten Verbrechens selbst nicht überzeugt ist, sondern erkannt hat, daß es sich lediglich um eine juristische Fiktion[171]) handelt.

---

[169]) RG. 35, 288; 43, 357; 44, 278.
[170]) RG. 43, 357.
[171]) RG. 17, 228.

Beling, der die Konstruktionsnatur des fortgesetzten Delikts behauptet, stellt genau dieselben Erwägungen an wie das Reichsgericht. Man muß zuerst die Strafbarkeit der einzelnen Tätigkeitsakte feststellen, ehe ihre Zusammenfassung zur Einheit des fortgesetzten Delikts vorgenommen werden kann.

Selbstverständlich ergibt sich auch dann, wenn man die Notwendigkeit der Beibehaltung des Begriffes „fortgesetztes Verbrechen" überhaupt leugnet, nichts anderes. Die vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzes begangenen Tätigkeitsakte dürfen unter keinen Umständen zur Strafverfolgung herangezogen werden, weil sie selbständige Handlungen sind und nach dem § 2 des positiven Gesetzes eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden kann, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Die Unterscheidung, ob er eine Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit für gegeben erachtet, wird dem Richter diesenfalls also nach allgemeiner Meinung erspart.

Zu bb): Auch der umgekehrte Fall, daß einzelne Tätigkeitsakte in das zeitliche Geltungsgebiet eines früheren, nunmehr außer Geltung gekommenen Strafgesetzes fallen, während andere Tätigkeitsakte erst nach dem Außerkrafttreten des Strafgesetzes vorgenommen werden, vermag nach einhelliger Ansicht den Richter nicht zu zwingen, sich über Handlungseinheit bzw. Handlungsmehrheit klar zu werden und zu erklären. Man kann diesen Fall zwar nicht mit dem Hinweis darauf abtun, daß nach dem dem § 2 Abs. 2 StGB. zugrundeliegenden Gedanken dem Täter ganz allgemein die Vorteile des Wechsels in der Gesetzgebung zugute kommen müßten, eine Strafbarkeit der mehreren Tätigkeitsakte, möchten diese nun der Erscheinung des fortgesetzten Delikts angehören oder selbständige Akte sein, also überhaupt nicht in Frage stünde. Die Frage, ob der Wegfall einer Norm die gegen sie begangenen Verstöße der Anwendung der Strafdrohung entzieht, kann nicht für alle Fälle einheitlich beantwortet werden. Ein Verzicht auf den einmal erwachsenen staatlichen Strafanspruch kann jedenfalls dann nicht ohne weiteres angenommen werden, wenn Strafdrohung oder Norm weggefallen sind, weil die tatsächlichen Verhältnisse, die geschützt werden sollten andere geworden sind [172]).

Auch hier hat sich das RG. [173]) inkonsequenter Weise dahin ausgesprochen, daß die einzelnen Tätigkeitsakte bloß noch insoweit

---

[172]) RG. 47, 415; 50, 292, 303, 389; 51, 150; 52, 327; 55, 172; Ebermayer § 2 Abs. 2, IV, 3 a. Vgl. auch E. 27 § 3 2. Satz: „Vorschriften, die wegen besonderer tatsächlicher Verhältnisse erlassen worden waren, sind auf die während ihrer Geltung begangenen Taten auch noch anzuwenden, nachdem sie wegen Wegfalls dieser Verhältnisse außer Kraft getreten sind."

[173]) RG. 44, 278; 43, 355; RG. JW. 18, 232.

der Strafverfolgung zugänglich sind, als sie in die frühere Geltungszeit des Strafgesetzes fallen.

Daß sich vom Standpunkt der konstruktiven Einheit aus oder gar von unserer Ansicht aus nichts anderes ergibt, bedarf keiner näheren Darlegung. Auch diesenfalls spielt also der Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit nach allgemeiner Ansicht keine Rolle.

Zu cc): Anlangend den Fall, daß die Tätigkeitsakte verschiedenzeitlichen Strafgesetzen unterfallen und das frühere Strafgesetz milder als das spätere ist, ergeben sich die meisten Schwierigkeiten. Im Falle der Realkonkurrenz liegt die Sache ganz einfach so, daß die Begehungszeit der einzelnen Tätigkeitsakte darüber entscheidet, ob das frühere oder spätere Strafgesetz jeweils Anwendung zu finden hat. Bezüglich des fortgesetzten Delikts aber geraten die Vertreter der natürlichen Auffassung des fortgesetzten Delikts in Schwierigkeiten. Wenn bei der Frage nach dem Begehungsort der Auffassung Ausdruck gegeben wurde, das fortgesetzte Delikt sei an jedem Orte begangen, wo ein einzelner Akt stattgefunden habe, so müßte dieser Satz auf die Begehungszeit übertragen lauten: das fortgesetzte Delikt ist zu jedem Zeitpunkt begangen, wo ein einzelner Tätigkeitsakt stattgefunden hat. Der Tatsache, daß nach diesem Satz beide oder auch mehrere Strafgesetze sich als verletzt darstellen, steht nun das RG. hilflos gegenüber. Um der Situation Herr zu werden, greift das RG. einen der mehreren Tätigkeitsakte heraus und erklärt ihn, obwohl er sich in keiner wesentlichen Beziehung von den übrigen unterscheidet – ja sogar wegfallen könnte, ohne daß dadurch die Annahme des „fortgesetzten Delikts" entfiele —, für den, was die Anwendung der Strafdrohung anlangt, allein wesentlichen. Und zwar soll der letzte Akt des fortgesetzten Delikts darüber entscheiden, welches der mehreren in Betracht kommenden Strafgesetze Anwendung finden soll [174]).

Der Schwierigkeiten, denen sich das RG. gegenübersieht, hat man auch schon auf andere Weise Herr zu werden versucht. Liszt [175]) stellt die Behauptung auf, es habe bei einem Wechsel der Gesetzgebung stets das mildere Gesetz Anwendung zu finden. Zu dieser Ansicht gelangt er vermutlich dadurch, daß er dem § 2 Abs. 2 StGB. einen allgemeinen Gedanken zu entnehmen sucht. Das erscheint uns jedoch nicht angängig. Der § 2 Abs. 2 StGB. behandelt einen von unserem vorliegenden ganz verschiedenen Fall. § 2 Abs.

[174]) RG. 43, 355; 50, 348; 51, 174; 54, 318; 56, 55.
[175]) § 55, I, S. 241.

2 StGB. begreift lediglich den Fall unter sich, daß, bevor es zur Aburteilung einer bereits in vollem Umfang unter dem Geltungsbereich des früheren Strafgesetzes geschlossenen Handlung kommt, eine Änderung des Strafgesetzes erfolgt. Diesenfalls hat sich aber der Täter nur der Gefahr der früheren Strafdrohung ausgesetzt und es wäre wahrhaft unbillig, nunmehr eine andere, härtere als die ihm angedrohte Strafe auf ihn zur Anwendung zu bringen. Den Gedanken des § 2 Abs. 2 aber auf das fortgesetzte Delikt, das sich über den Geltungsbereich mehrerer Strafgesetze erstreckt und bei dem sich der Täter bewußtermaßen auch der Gefahr der späteren, härteren Strafdrohung ausgesetzt hat, auszudehnen, bedeutet den unzulässigen Versuch, die frühere, mildere Strafdrohung über ihren zeitlichen Geltungsbereich hinaus zu erstrecken.

Eine weitere Ansicht[176]) geht davon aus, daß gleichwie das fortgesetzte Delikt an sämtlichen Orten, wo Einzelakte stattgefunden haben, begangen ist, es auch zu sämtlichen Zeiten, zu denen Einzelakte stattgefunden haben, begangen ist. Daraus wird geschlossen, daß auch verschiedene Strafgesetze verletzt worden sind. So richtig uns bis hierher diese Ansicht zu sein scheint, so wenig vermag auch sie eine angemessene Lösung zu bringen. Man glaubt nämlich aus der Tatsache, daß durch eine und dieselbe Handlung mehrere Gesetze verletzt worden sind, die analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Idealkonkurrenz rechtfertigen zu können. Das bedeutet eine grobe Verkennung der Sachlage. Handelt doch der § 73 StGB. ohne Zweifel lediglich von dem Fall, daß mehrere Strafgesetze durch dieselbe Tat gleichzeitig nebeneinander verletzt worden sind. Eine verschiedenzeitige Konkurrenz zu regeln hat der Gesetzgeber ebenso vergessen, wie er es unterlassen hatt, den Fall, daß eine Tätigkeit sich über verschiedene Orte hinzieht, ausdrücklich zu regeln. Unserer Ansicht nach läßt sich beim Schweigen des Gesetzgebers eine eindeutige, jeden Zweifel ausschließende Lösung der auftauchenden Fragen von der Ansicht, die im fortgesetzten Delikt einen Fall der natürlichen Handlungseinheit erblickt, aus nicht bewerkstelligen.

Ein weiteres Eingehen auf diese Frage erübrigt sich. Von Wert ist lediglich die Feststellung, daß die sämtlichen bislang dargelegten Ansichten vom Richter eine Entscheidung darüber verlangen, ob er Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit für vorliegend erachtet. Während beim Vorliegen von realiter konkurrierenden Tätigkeitsakten ein Zweifel nicht auftaucht, daß das zur Zeit des

[176]) Vgl. Ebermayer § 2, III und Höpfner II, S. 242.

Tätigkeitsaktes in Geltung stehende Strafgesetz Anwendung erheischt, gehen die verschiedenen Ansichten beim fortgesetzten Delikt in der dargelegten Weise auseinander und sind nur darin einig, daß die Natur des fortgesetzten Delikts hier eine gegenüber der Realkonkurrenz gesonderte Behandlung verlangt.

Beling[177]) mit seiner prinzipiellen Einstellung, die Bildung des fortgesetzten Delikts erst aus den Einzelakten zu vollziehen, deren Deliktseigenschaft bereits festgestellt ist, trägt kein Bedenken, die einzelnen Tätigkeitsakte zu zwei verschieden untereinander realiter konkurrierenden fortgesetzten Delikten zusammenzufassen. Das eine Delikt bilden die dem früheren Strafgesetz unterfallenden Tätigkeitsakte. Die Beling'sche Ansicht macht eine Unterscheidung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, was die Frage nach Begehungszeit anlangt, überflüssig, da wie im Falle der Realkonkurrenz sämtliche Einzelakte des fortgesetzten Delikts daraufhin untersucht werden müssen, welchem Gesetz, dem früheren oder dem späteren sie in zeitlicher Beziehung unterstehen. Wenn man die Existenzberechtigung des fortgesetzten Delikts überhaupt leugnet, muß selbstverständlich in den gemeinhin als „fortgesetztes Delikt" angesehenen Fällen jeder einzelne Tätigkeitsakt entsprechend dem Zeitpunkt seiner Begehung verschiedenen Strafgesetzen unterstellt werden genau ebenso, wie in den Fällen der unbestrittenen Realkonkurrenz.

Zu dd): Der Fall, daß das frühere Gesetz strenger, das neuere milder ist, bietet überhaupt keine Schwierigkeiten. Hier kann sich der dem § 2 Abs. 2 StGB. zugrundeliegende Gedanke, dem Täter die durch die Läuterung der Rechtsanschauung gemilderte Strafdrohung zugute kommen zu lassen, in vollem Umfange auswirken und zwar, gleichviel welcher Auffassung vom Wesen des fortgesetzten Delikts man auch immer sein mag. Sowohl im Fall, daß mehrere realiter konkurrierende Einzelakte vorliegen, als auch im gemeinhin als „fortgesetztes Delikt" angesehenen Fall findet stets nur das neuere, mildere Strafgesetz Anwendung.

Der E. 27 bringt in seinem ersten Abschnitt hinsichtlich des zeitlichen Geltungsgebiets der Strafgesetze gegenüber der Regelung der lex lata nichts Neues von Bedeutung. Nach § 2 E. 27 bestimmt sich die Strafe nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt. Nach § 8, Abs. 2 E. 27 ist eine Tat begangen zu dem Zeitpunkt, zu dem der Täter gehandelt hat oder — bei Unterlassungen — hätte handeln müssen. Damit ist einwandfrei gesagt, daß das „fortgesetzte Delikt", wenn man es nach dem Rechte des E. 27 überhaupt noch bejahen

[177]) L. v. V. S. 360.

dürfte, zu jedem einzelnen Zeitpunkt begangen ist, zu dem ein Tätigkeitsakt vorgenommen wurde. Für die Ansicht des Reichsgerichts, daß der letzte Tätigkeitsakt der Kette für die Zeit der Begehung der Tat entscheidend sein solle, ist im E. 27 kein Raum mehr. Des Falles, daß eine einheitliche Handlung zugleich mehreren verschiedenzeitlichen Gesetzen unterfallen kann, ist aber im E. 27 ebenfalls nicht gedacht worden. Die Bestimmung des § 3 im E. 27, die davon spricht, daß bei Verschiedenheit der Gesetze zur Zeit der Begehung und zur Zeit der Aburteilung der Tat das dem Täter günstigere Gesetz Anwendung finden soll, entspricht dem § 2 StGB. Von letzterem haben wir oben ausgeführt, daß er lediglich den Fall im Auge hat, daß ein gewisses in sich geschlossenes factum unter der Herrschaft des alten Strafgesetzes begangen, aber erst unter dem Geltungsbereich des neuen Strafgesetzes zur Verantwortung gezogen wird. Dagegen wird der Fall, daß die Handlung dem Geltungsbereich mehrerer Strafgesetze angehört, weder vom § 2 StGB. noch vom § 3 E. 27 getroffen. Es bleibt demnach, wenn man sich der Erkenntnis, daß der E. 27 das fortgesetzte Delikt nicht mehr kennt, verschließt, alles beim Alten. Der Richter hätte sich nach dieser Ansicht auch im Geltungsbereich des E. 27 noch darüber klar zu werden und zu erklären, ob er Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit für gegeben erachtet.

Wie wir aber oben gesehen haben, gibt es eine der natürlichen Betrachtung entnommene Handlungseinheit des „fortgesetzten Delikts" überhaupt nicht und das Bedürfnis nach einer juristischen Einheitskonstruktion ist, wie das Ergebnis der Untersuchungen des zweiten Teils der vorliegenden Arbeit zeigt, mit dem Wegfall der dem positiven Recht angehörenden Bestrafungsprinzipien ebenfalls weggefallen.

III. Teil.

Das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927.

§ 13.

Das Absorptionsprinzip.

Wenn man den Versuch unternimmt, die Regelung, die der E. 27 der Konkurrenzlehre hat angedeihen lassen, einer Würdigung zu unterziehen, so lassen sich gewisse Parallelen mit dem geltenden Rechtszustand nicht umgehen.

Die lex lata hat, wie wir gesehen haben, den Handlungsbegriff nicht als singulare tantum verwendet, sondern als einen Begriff, der bald zu einer Einheit bald zu einer Mehrheit in Beziehung gebracht werden kann. Sie hat den Unterschied zwischen dem Fall, daß sich das verbrecherische Handeln in einer einheitlichen natürlichen Handlung erschöpft, und dem Fall, daß der Täter zur Durchführung seiner verbrecherischen Intentionen sich mehrerer Handlungen bedient, allerdings nur in einem einzigen Punkt einer ausdrücklichen Regulierung unterzogen, nämlich im Punkt der Strafbemessung. Während der Fall der eintätigen Konkurrenz nach § 73 StGB. nur mit einer einheitlichen, aus der Strafdrohung des schwersten der mehreren verletzten Gesetze geschöpften Strafe belegt werden und die Strafdrohungen aus den andern verletzten, minder schweren Strafgesetzen absorbiert werden sollen, sollen die Fälle der Realkonkurrenz aus den Strafdrohungen der sämtlichen verletzten Gesetze heraus mit je einer Strafe belegt werden. Die im letzteren Falle verwirklichten Einzelstrafen werden teils gehäuft (vgl. die §§ 75, 77, 78 StGB.), teils in der Weise zu einer Einheit für die Strafvollstreckung zusammengezogen, daß die schwerste der verwirkten Einzelstrafen als Einsatzstrafe genommen und nach der Bedeutung der übrigen Strafen in entsprechender Weise asperiert wird, wobei die Einzelstrafen aber keineswegs

verloren gehen, sondern beim Wegfall der Gesamtstrafe wieder aufleben. Die Frage, ob dieser Unterschied im modus puniendi durch die Natur der Sache gerechtfertigt werde, haben wir oben (§ 4) in verneinendem Sinne beantwortet. Zwar haben wir gesehen, daß die Unterscheidung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz nicht ein Produkt lediglich doktrinärer Anschauungsweise ist, sondern tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Wir haben aber auch gesehen, daß für die Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt diesen tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung tragen soll, lediglich kriminalpolitische Rücksichten maßgebend sein können und daß die Natur der Sache eine Berücksichtigung der Konkurrenzformen, wie sie diese von der lex lata erfahren hat, nicht fordert. Wenn man unseren obigen Ausführungen über das Ungerechtfertigte, zwischen Ideal- und Realkonkurrenz im modus puniendi eine derartig tiefgreifende Unterscheidung zu treffen, gefolgt ist, dann erhebt sich die Frage, welcher modus puniendi erscheint nach der Natur der Dinge angezeigt.

Dem Beobachter, dessen Blick durch die Kenntnis des um die Idealkonkurrenz im Gange befindlichen Streites nicht getrübt ist, wird es ohne Zweifel von vornherein höchst verwunderlich scheinen, wieso das eine Mal mehrere Gesetzesverletzungen — wie es natürlich und gerechtfertigt erscheint — nach Maßgabe sämtlicher Strafdrohungen zur Verantwortung gezogen werden, während in andern Fällen, wo sowohl in objektiver als in subjektiver Richtung ebenfalls mehrere gesetzliche Tatbestände sich als verwirklicht darstellen, die zu verhängende Strafe lediglich einer der mehreren Strafdrohungen entnommen werden soll. Sollte der Täter wirklich nicht schwerer strafbar sein, der den Beischlaf mit seiner verheirateten Schwester gewaltsam erzwingt und den Normen, die den Ehebruch, die Blutschande und die Notzucht verbieten, zuwiderhandelt, denn der Täter, der einer fremden, unverheirateten Frauensperson Gewalt antut und damit nur eine Norm verletzt?

Das für die Fälle der Idealkonkurrenz zur Anwendung kommende Aufzehrungsprinzip ist vom positiven Recht ohne nähere Darlegung in den Motiven aus dem gemeinen Recht, das sich wiederum auf Vorschriften der C.C.C. stützt, übernommen worden. Es scheint uns unzweifelhaft, daß der Absorptionsgedanke auf dem Grundsatze quot delicta — tot poenae, den man für einen dem Strafgesetz a priori wesentlichen hielt[178]), zurückgeführt werden muß. Man glaubte in den Fällen der Idealkonkurrenz wegen der Einheit der Handlung eine Verbrechenseinheit finden zu müssen.

[178]) Ebermayer § 73, I.

Unter der Herrschaft des erwähnten Grundsatzes schien es nun unmöglich, ein einheitliches Verbrechen mit den Strafen aus den mehreren ihre Anwendung fordernden Strafdrohungen zu belegen, weshalb man zu dem Ausweg griff, dasjenige Strafgesetz, das dem kriminellen Gehalt der einheitlichen Handlung am ehesten gerecht werden konnte, als das allein anzuwendende herauszugreifen.

Daß wir es nicht für richtig halten, den Verbrechensbegriff in der Handlung zu suchen, haben wir bereits an anderer Stelle zum Ausdruck gebracht. Die vorliegende Arbeit bekennt sich zu der Ansicht, daß das Verbrechen Tatbestandsverwirklichung ist, daß also der Begriff des Verbrechens eine Handlung voraussetzt, es aber nicht ausschließt, daß diese Handlung auch noch zur Verwirklichung eines anderen Tatbestandes, eines anderen Verbrechens mitgewirkt hat. Eine Rechtfertigung unserer Ansicht glauben wir uns in diesem Zusammenhang ersparen zu dürfen. Denn es ist ohne Belang, auf welchem Standpunkt das positive Recht und der E. 27 in dieser Frage stehen, ob sie in den Fällen der Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit oder lediglich eine Gesetzeskonkurrenz bei Verbrechenseinheit erblicken. Trotzdem nämlich die deutsche Wissenschaft eine geradezu unglaubliche Fülle von Arbeit und Scharfsinn auf die Lösung dieser Frager verwendet hat, hat man aus dieser Differenz der Meinungen im allgemeinen praktische Konsequenzen nicht gezogen. Lediglich Heinemann, der in der Idealkonkurrenz einen Fall der Gesetzeskonkurrenz bei Verbrechenseinheit sieht, hat wegen des Vorliegens einer Verbrechens e i n h e i t eine solche strenge Auffassung vom Absorptionsprinzip an den Tag gelegt, daß er die Anwendbarkeit des in abstracto strengsten Strafgesetzes für absolut exklusiv bezeichnet. Nach seiner Ansicht darf nicht nur die Schuldigsprechung des Täters lediglich aus dem schwersten der mehreren verletzten Gesetze erfolgen, sondern es sind auch die Nebenfolgen einer Gesetzesverletzung, soweit sie nicht Strafe sind, nur insoweit zu verhängen, als sie sich aus dem schwersten der mehreren verletzten Gesetze ergeben.

Die übrigen Vertreter der Auffassung der Idealkonkurrenz als eines Falles der Gesetzeskonkurrenz teilen jedoch diese Ansicht nicht [179]). Sie gehen mit der Ansicht, daß bei der Idealkonkurrenz wirklich mehrere Verbrechen vorliegen, dahin einig [180]), daß die Exklusivität des strengsten Gesetzes nicht verlange, die Schuldigerklärung und Verurteilung nur auf jenes — allerdings für den

[179]) W a c h e n f e l d S. 266,67. B a u m g a r t e n S. 96. L i s z t-Schm § 56. H ö p f n e r II, S. 72 ff.

[180]) B e l i n g L. v. V. S. 307. F r a n k § 73 V, RG. 18, 193; 27, 86.

Strafrahmen allein maßgebende in abstracto strengste Strafgesetz zu gründen. Es wird also in Wahrheit keine Absorption der minder schweren Strafgesetze, sondern nur eine Absorption der minder schweren Strafdrohungen angenommen. Mit Rücksicht auf den formalen Charakter, den die lex lata dem „Rückfall" beilegt, darf und muß vielmehr die Schuldigerklärung auf sämtliche verletzten Gesetze gegründet werden. Ebenso soll vom Standpunkt beider Ansichten aus — was wir allerdings nicht für richtig halten — die mehrfache Gesetzesverletzung im Rahmen der zur Anwendung kommenden Strafe als Straferhöhungsgrund Berücksichtigung finden.

Es ist nach dem Gesagten Dohna[181]) recht zu geben, wenn er dem theoretischen Streit um die Idealkonkurrenz: hie „Gesetzeskonkurrenz", hie „Verbrechenskonkurrenz" eine praktische Bedeutung abspricht. Die prinzipielle Stellungnahme in diesem Streit ist für die Entscheidung der auf diesem Gebiete auftauchenden Einzelfragen in keinem Punkte präjudizierlich. Problem der juristischen Konstruktion!

Nach unseren eben gemachten Darlegungen könnte die Meinung auftauchen, daß, wenn auch beim jeweiligen Stand des Gesetzes gegenüber dessen positiven Bestimmungen aus der Verschiedenheit der Meinungen Konsequenzen nicht erwachsen, doch ein prinzipieller Unterschied dahin bestehe, daß die „Ansicht Gesetzeskonkurrenz", die wie wir darlegten, zum Absorptionsprinzip geführt hat, das Absorptionsprinzip als modus puniendi fordere, während die „Ansicht Verbrechenskonkurrenz" eine Bestrafung sämtlicher Verbrechen nach Maßgabe der mehreren verletzten Gesetze fordere. Dieser Gedankengang ist aber um deswillen nicht richtig, weil man im Gegensatz zu der früher an den Tag gelegten Ansicht, die Anschauung der Idealkonkurrenz als Gesetzeskonkurrenz bedinge die Geltung des Satzes quot delicta — tot poenae und dessen logischer Umkehrung quot poenae — tot delicta, heute wohl allgemein zu der Überzeugung gekommen ist, daß jener Grundsatz a priori Geltung nicht zu beanspruchen habe, sondern erst auf dem Boden des jeweils geltenden Gesetzes gesucht werden müsse. Eine Durchbrechung jenes Grundsatzes hält man heute für durchaus möglich. Dieser fortschreitenden Erkenntnis gegenüber mußte der gewaltsame Ausweg, den das positive Recht anlangend die eintägige Konkurrenz unter dem Einfluß jenes Grundsatzes gewählt hatte, als besonders unbillig und unbefriedigend empfunden werden[182]).

---

[181]) Dohna, Reform I, S. 402/03.

[182]) RG. 6, 183 (Plenarentscheidung): „Zuzugeben ist, daß das Prinzip der absoluten Exklusivität des härtesten Strafgesetzes, wie es im § 73 (StGB.) ausgesprochen ist ... dem Rechtsgefühl widerstrebt."

Die Unhaltbarkeit des geltenden Rechtszustandes war auch von seiten derer, die in der Idealkonkurrenz einen Fall der Gesetzeskonkurrenz erblickten — wie wir schon flüchtig streiften — dadurch anerkannt, daß man den Absorptionsgedanken nicht mit jener Strenge auffaßte, die dem Geist des Gesetzes innewohnt. Lediglich v. Liszt[183]) hat, wenn auch widerstrebend, anerkannt, daß das mildere Strafgesetz bei der Strafzumessung in keiner Weise zu berücksichtigen, und daß der Fall durchaus denkbar sei, daß der Richter bei der Strafzumessung unter das Mindestmaß des milderen verletzten Strafgesetzes heruntergehe, wenn das Mindestmaß des schwereren Strafgesetzes dies gestattet[184]). Nach dieser Ansicht kann es also dem Verbrecher zum Heil gereichen, wenn er nicht nur einen der gesetzlichen Tatbestände verwirklicht hat, sondern gleichzeitig ein anderes, mit schwereren Straffolgen ausgestattetes Gesetz verletzte!

Im Gegensatz zu Liszt hat die überwiegende Meinung angenommen, daß die absorbierten Strafdrohungen nicht völlig unberücksichtigt zu bleiben haben, sondern gleichwohl einen Straferhöhungsgrund abgeben könnten. Teilweise erblickt man in der Idealkonkurrenz sogar einen obligatorischen Straferhöhungsgrund[185]), wobei die Vertreter dieser Ansicht allerdings durchweg davon ausgehen, daß die Idealkonkurrenz eine Konkurrenz von Verbrechen sei[186]). Daß die Beachtung der absorbierten Strafgesetze indes in dem Sinne obligatorisch sei, daß ihre Nichtbeachtung bei der Höhe der Strafzumessung einer Revision Angriffspunkt bieten könnte, wird man bei der Haltung des Gesetzgebers unter keinen Umständen bejahen können. Man begnügt sich deshalb auf anderer Seite damit, die absorbierten Strafgesetze als fakultativen Straferhöhungsgrund zu betrachten. Dieser Ansicht scheint auch das RG. zu sein[187]). Es gibt einer Revision statt[188]), die sich darauf stützt, daß der erkennende Richter fälschlicherweise das Vorliegen von Idealkonkurrenz angenommen habe, weil diese Annahme möglicherweise Einfluß auf die Höhe der verhängten Strafe gewonnen hat.

---

[183]) § 56, III.

[184]) Ebenso Köhler S. 148. Lobe Vorbem. zum V. Abschn. III. RG. 8, 84; 16, 301; 18, 179; 39, 155.

[185]) Olshausen § 73 N. 34. Hälschner I, S. 186; Binding, Grundr. I, S. 291.

[186]) Ebermayer § 73, III: „Auf der andern Seite hat das Absorptionsprinzip, da es die andere Straftat und die Schuld insoweit nicht tilgt, nicht die Bedeutung, daß der Umstand, daß noch eine zweite Straftat verübt worden ist, unbeachtet bleiben müsse. Dieser ist daher angemessener Weise innerhalb des Strafrahmens des härtesten Gesetzes als Straferhöhungsgrund zu berücksichtigen."

[187]) RG. 28, 370; 31, 117; 33, 378.

[188]) RG. 48, 291.

Wie sehr man das Absorptionsprinzip als Zwangsjacke für die Idealkonkurrenz angesehen hat, beweist ferner auch der Umstand, daß man mit einer gegenüber Wortlaut und Sinn des Gesetzes blaß und gekünstelt anmutenden Begründung dem Absorptionsprinzip eine Deutung dahin gegeben hat, als handle es sich nicht um eine Absorption der Strafgesetze, sondern lediglich um eine solche der Strafdrohungen. Der § 73 StGB. spricht ausdrücklich vom strengsten Gesetz, das allein Anwendung erfahren dürfe. Man hat jener eigenmächtigen Deutung des Absorptionsprinzips die Befugnis entnommen, die in den milderen Gesetzen enthaltenen Nebenmaßregeln (soweit sie keinen Strafcharakter tragen) zu Anwendung zu bringen. In den Nebenfolgen ist man also dazu gelangt, eine ihrem Charakter entsprechende Behandlung der Idealkonkurrenz vorzunehmen, während man in der Hauptsache (bezüglich der Strafen und Nebenstrafen) dem keine Rechnung tragen kann [189]).

Aus diesen eigenmächtigen Korrekturen, die sich die Literatur und Judikatur im Widerspruch zu Wortlaut und Willen des Gesetzes anmaßt, gewinnt man die klare Erkenntnis: Die Entwicklung, die die Lehre von der Idealkonkurrenz, mag man in ihr Verbrechenseinheit oder Verbrechensmehrheit erblicken, nimmt, führt zwangsläufig zu einer Abschaffung des Absorptionsprinzip hin.

Auf der Suche nach dem für die Idealkonkurrenz richtigen modus puniendi muß entscheidend sein, daß bei der Idealkonkurrenz „in tatsächlicher Hinsicht alle Tatbestände der einzelnen strafbaren Handlungen in voller Realität gegeben sind." Gerade darin unterscheidet sich die Idealkonkurrenz von der einfachen Tatbestandsverwirklichung und der bloßen Gesetzeskonkurrenz (bzw. „scheinbaren" Gesetzeskonkurrenz). Bei der letzteren läßt sich das historische Geschehen zwar auch unter den Wortlaut mehrerer Gesetzesbestimmungen bringen, aber diese Gesetzesbestimmungen treten um deswillen nicht miteinander in Konkurrenz, weil in Wahrheit nur eine Norm verletzt ist. Eines dieser mehreren scheinbar verletzten Gesetze enthält den Tatbestand, dem das historische Geschehen in seinem vollen Umfange subsumiert werden kann und nur dieses Gesetz ist wirklich verletzt. Die andern scheinbar verletzten Gesetze werden entweder deshalb nicht verletzt, weil ihr Tatbestand nur einem Ausschnitt des hitorischen Geschehens gerecht wird oder weil der Tatbestand des scheinbar verletzten Gesetzes hinter den des wirklich verletzten zurücktritt. Hat ein schwerer Diebstahl nur ein Diebstahl und nicht ein einfacher Diebstahl nach § 242 StGB. und ein schwerer

[189]) Coenders S. 9 (Über die Idealk.).

Diebstahl nach § 243 StGB. ist, ist ohne weiteres selbstverständlich [190]). Gleichfalls bedarf es keiner Begründung, daß ein Notdiebstahl nach § 248a nicht auch zugleich aus dem § 242 StGB. bestraft werden kann; beruht doch jene Vorschrift gerade auf dem Zweck die Strafanwendung aus dieser auszuschließen (Spezialität). Wenn die gesetzlichen Tatbestände in ein derartiges oder in ein in der Strafrechtswissenschaft unter den Begriffen der Konsumtion, Subsidiarität oder Alternativität verstandenes Verhältnis treten, dann kann von einer Anwendbarkeit des § 73 StGB. selbstverständlich nicht die Rede sein, denn hier treten nicht mehrere Verbrechen miteinander in Konkurrenz — es ist ja nur eine einzige Norm übertreten; es treten aber auch keine mehreren Gesetze miteinander in Konkurrenz — einer der mehreren scheinbar erfüllten gesetzlichen Tatbestände absorbiert das historische factum in seiner strafrechtlichen Relevanz völlig [191]). Das Gesetz hat diesen Fällen der sogen. Gesetzeskonkurrenz, besser „scheinbaren" Gesetzeskonkurrenz keine Rechnung getragen [192]). Die Frage, welches Gesetz anzuwenden sei, hat der Richter von Fall zu Fall für sich selbst zu beantworten. Er muß den gesetzlichen Tatbestand herausfinden, der die weitgehendste Würdigung des historischen Geschehens in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung gestattet und lediglich die diesem Tatbestand beigegebene Strafdrohung hat er zur Verwirklichung zu bringen.

Häufig hat man nun früher zwischen der Idealkonkurrenz und der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz eine Unterscheidung nicht gemacht [193]). Man war zufrieden, daß beiden Fällen eine gleiche Behandlung zuteil wurde, insofern beide nur aus einer Strafdrohung der mehreren Gesetze mit Strafe belegt wurden [194]), teilten doch die beiden Fälle — worauf man entscheidendes Gewicht legen zu müssen glaubte — die Einheit der Handlung. Was es um das in die Kategorie der Einheit hineingestellte Handeln für eine Bewandtnis hat, haben wir oben gesehen. Wir haben gesehen, daß

---

[190]) Frank § 73, VII, 1.

[191]) Frank a. a. O.

[192]) Die Begründung zum Vorentwurf von Nieberding (1909) S. 374 führt mit Recht an, daß, wollte der Gesetzgeber es versuchen, allgemein das Verhältnis der Strafgesetze zueinander festzustellen, dies zu einer großen Schwerfälligkeit in der Fassung des Gesetzes führen würde, ohne daß andererseits eine Garantie für eine sichere Rechtsanwendung geschaffen würde.

[193]) Liszt-Schm. § 56; Wachenfeld Theorie S. 103; Heinemann und Baumgarten.

[194]) Im Falle der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz kommt die Strafe zur Anwendung, die, kurz gesagt, die weitgehendste Würdigung der Tat gestattet; im Falle der Idealkonkurrenz die in abstracto schwerste Strafe.

sowohl darüber erbitterter Streit besteht, auf welchem Gebiete der menschlichen Anschauung der Handlungsbegriff gesucht werden muß, ob es sich um einen strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Begriff handelt, als darüber, welche Kriterien an ihn anzulegen sind[195]). Vom Standpunkt der von uns als richtig erkannten natürlichen Betrachtung aus gelangen wir zu einem Handlungsbegriff, der ob seiner mitunter – horribile dictu — rein gefühlmäßigen Erfaßbarkeit zu den bittersten Unzuträglichkeiten in den Grenzfällen führen muß. Wenn man andererseits – wie das RG. z. B. – das Kriterium der Handlungseinheit in juristischen Momenten sucht, dann läßt sich zwar zwsichen den Fällen der Handlungseinheit und Handlungsmehrheit eine scharfe Grenze ziehen, aber die Einheitsvorstellung, die auf diesem Wege gewonnen wird, läßt noch viel weniger als die natürliche Handlungseinheit eine Bestrafung der Idealkonkurrenz auf Grund des Absorptionsprinzips gerechtfertigt erscheinen.

Mag man sich unter der „Handlungseinheit" also vorstellen, was immer man will, jedenfalls darf nicht dem Moment der Einheit eine solch weite Berücksichtigung zuteil werden, daß man alle Fälle, in denen man Handlungseinheit für vorliegend erachtet, über einen Leisten schlägt. Liszt, der einerseits ein zwischen den Fällen der Idealkonkurrenz und der „scheinbaren Gesetzeskonkurrenz" bestehenden Unterschied leugnet, hat das selbst mittelbar wenigstens dadurch anerkannt, daß er zwischen den beiden Fällen einen begrifflichen Unterschied macht[196]) und, was die Idealkonkurrenz anlangt, einräumt, daß die Bestrafung nach dem Absorptionsprinzip eben ein unerwünschter Notbehelf sei. Es sind denn auch diese beiden Fälle scharf zu trennen. Bei der Idealkonkurrenz ist es nicht, wie bei den Fällen der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz, möglich, der strafrechtlichen Relevanz der Handlung durch die Anwendung der Strafdrohung aus lediglich einer der mehreren, hier in Wahrheit verletzten Gesetze gerecht zu werden. Der gesetzliche Tatbestand jedes einzelnen der in Konkurrenz tretenden Gesetze reicht für sich allein betrachtet nicht aus, das historische Geschehen in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung völlig zu erfassen. Es bleibt ein Überschuß, der unter der Geltung des Absorptionsprinzips ohne inneren Grund einfach ignoriert wird.

Schon einer rein äußerlich auf den Erfolg sehenden Betrachtung werden sich die Fälle der Idealkonkurrenz als strafrechtlich ge-

---

[195]) Vielfach wird überhaupt die Möglichkeit einer begrifflichen Festlegung der Handlungseinheit verneint. Vgl. z. B. Kantorowicz (Krim.-Psych. 7, 326,28.)

[196]) Oberbegriff: Gesetzeskonkurrenz. Unterbegriffe: a) scheinb. Verbr.-K.; b) scheinbr. Gesetzesk.

haltvoller darstellen als die Fälle der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz oder gar die Fälle, wo es sich zweifellos nur um die Verwirklichung eines einzigen einheitlichen Tatbestandes handelt. Eine lediglich nach dem Erfolg der verbrecherischen Tätigkeit fragende Gerechtigkeit hätte diesem kriminellen Plus doch ohne Zweifel Rechnung zu tragen. Aber darüber hinaus läßt sich auch behaupten, daß die Schuldseite bei den Fällen der Idealkonkurrenz doch ebenfalls ungleich schwerer wiegen muß als bei einer einheitlichen Tatbestandsverwirklichung oder in den Fällen der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz. Man hat zwar behauptet, daß der Täter, der in Idealkonkurrenz handle, um deswillen weniger Schuld trage, als der Täter, der dieselben gesetzlichen Tatbestände sukzessive in Realkonkurrenz verwirkliche, weil jener die ideell konkurrierenden Gesetzesverletzungen oft gar nicht wolle, sondern sie als nur höchst unliebsame Begleiterscheinungen in den Kauf nehme auf dem Wege an sein Ziel zu gelangen. Es hält dieser Einwand näherer Betrachtung nicht stand [197]). Man pflegt den Intentionen des Täters — abgesehen von den wenigen im Gesetz vorgesehenen Fällen der Absichtsdelikte — bei der Frage, ob eine Tat schuldhaft im Sinne des Strafrechts ist, nicht in dem Maße nachzugeben, daß man auf den vom Täter erstrebten Zweck abstellt. Wir haben eben bereits gesehen, daß wenn jemand darnach strebt, Intestaterbe zu werden und zu diesem Zwecke zwei dem Erblasser nähere Verwandte aus dem Weg räumt, er sich zweier Morde schuldig macht, auch wenn ihm das Mittel, um zu seinem Ziele zu gelangen, höchst unerwünscht war [198]). In der Tat erfordert doch das vorsätzliche Handeln lediglich eine die Tätigkeit begleitende Vorstellung vom Eintritt des Erfolgs [199]). Soweit der Täter bei der Vornahme seiner Tätigkeit die Vorstellung des Eintritts der mehreren von den mehreren Gesetzen mit Strafe bedrohten Erfolge hatte, steht nichts im Wege, sein Verhalten als ein mehrfach schuldhaftes zu bezeichnen. Es sind also sowohl in objektiver Beziehung wie in subjektiver Beziehung die sämtlichen miteinander in Konkurrenz tretenden Gesetze in voller Realität verletzt [200]). Der Täter hat nicht wie im Falle der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz gegen eine Norm, sondern genau wie im Falle der Realkonkurrenz gegen mehrere

---

[197]) Vgl. Coenders über die Idealk. S. 3.

[198]) Oetker: Die Gegenmeinung führt zu dem wunderlichen Grundsatz: „Der verbrecherische Zweck heiligt die Mittel."

[199]) Beling, Ger.Saal Bd. 93, S. 135: Das Absorptionsprinzip mißt dem Motiv des Verbrechens zu viel Wert bei; „es kommt aber zuerst darauf an, was der Verbrecher bewußt getan hat."

[200]) v. Bar gibt zu, daß eine „lediglich nach der Schuld fragende Gerechtigkeit" die ideale Konkurrenz entsprechend der realen behandeln wird

Normen oder dieselbe Norm mehrmals verstoßen. Die Bestrafung der Idealkonkurrenz darf deshalb nicht der der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz angeglichen werden, da der strafrechtliche Gehalt der Idealkonkurrenz ohne Zweifel stets ein größerer ist.

Dieser Erkenntnis des wahren Gehalts der Idealkonkurrenz, die sich heute, soweit wir sehen können, allgemein durchgesetzt hat und die nicht, wie Honig[201]) meint, von der Auffassung der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenskonkurrenz abhängig ist, standen der Vorentwurf von Nieberding (1909) und der Gegenentwurf von v. Kahl, v. Liszt, Lilienthal und Goldschmidt (1911) noch verschlossen gegenüber, indem sie die Absorption im Prinzip beibehielten. Freilich schien das Vorliegen einer Schuldmehrheit und der Überschuß des strafrechtlichen Gehalts über die Fälle der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz und der einfachen Tatbestandsverwirklichung auch bereits in diesen Entwürfen anerkannt, da sie die Anwendbarkeit der Nebenstrafen und sonstigen Nebenfolgen, der Maßnahmen der Besserung und Sicherung, trotz des Absorptionsprinzips zuließen. Auch hatte der VE.[202]) erkannt, daß dem theoretischen Streit, ob die Idealkonkurrenz ein Fall der Gesetzes- oder Verbrechenskonkurrenz sei, eine erhebliche praktische Bedeutung nicht zukomme. Aber in einer durch nichts gerechtfertigten Inkonsequenz ließ man die in der Nebensache zum Ausdruck kommen wollende Erkenntnis von der wahren Natur der Idealkonkurrenz sich in der Hauptsache, der Anwendbarkeit sämtlicher verletzter Strafdrohungen nicht auswirken, weil man immer noch die Einheit der Handlung, die Einheit des Verbrechens bei der Mehrheit der Gesetzesverletzungen für ausschlaggebend hielt.

Im Gegensatz zum VE. und GE. steht Coenders[203]), der eifrigste Gegner des das positive Recht beherrschenden Absorptionsprinzips auf dem Standpunkt, daß eine der Regelung der Realkonkurrenz entsprechende obligatorische Erhöhung des Strafrahmens de lege ferenda vorgeschrieben werden müsse, weil ein sachlicher Unterschied zwischen Real- und Idealkonkurrenz überhaupt nicht bestehe. Höpfner[204]) dagegen begnügt sich nach interessanten Ausführungen über die graduelle Verschiedenheit des strafrechtlich relevanten Überschusses bei der Idealkonkurrenz über die Fälle der einfachen Tatbestandsverwirklichung damit, die Möglichkeit einer

[201]) Ger.Saal Bd. 92, S. 120.
[202]) Begründung S. 378.
[203] a) Deutsche Strafrechtszeitung I S. 339 ff.
b) Über die Idealk. S. 1.
[204]) II, S. 96.

fakultativen Straferhöhung zu fordern[205]). Ebensoweit geht Dohna[206]), der aus der Betrachtung heraus, daß die Idealkonkurrenz in der Regel eine gegenüber der einfachen Tatbestandsverwirklichung größere Schuldintensität aufweise, für den Richter die rechtliche Befugnis verlangt, das schwerste der verletzten mehreren Strafgesetzte nach seinem Ermessen über dessen Maximum hinaus zu asperieren.

Diese allseits erhobene Forderung nach einer dem wahren Wesen der Idealkonkurrenz entsprechenden Regulierung des modus puniendi begegnet sich nun mit der von uns oben § 1 erhobenen Forderung nach Aufhebung einer unterschiedlichen Behandlung der realen und der idealen Konkurrenzform. Aus beiden Forderungen heraus bezeichnet es Binding als eine der größten und dringendsten Verbesserungen des Strafgesetzbuchs, den § 73 StGB. mit seinem Absorptionsprinzip zu beseitigen und die §§ 74 ff. auf alle Konkurrenzfälle auszudehnen. Dieser Forderung, die sich auch Coenders zu eigen gemacht hat, gesellt sich ein weiterer Vertreter hinzu, den man wohl als den gewichtigsten bezeichnen darf. Die Praxis ist es, die aus der Erwägung heraus, daß eine formalbegriffliche Unterscheidung mit ihren Härten, die auf die Unsicherheit der Begriffsbestimmung im allgemeinen sowohl als die Schwierigkeiten der Feststellung im einzelnen zurückzuführen sind[207]), die Entwicklung einer der wahren Gerechtigkeit entsprechenden Rechtsprechung nicht verkummern dürfe, im Beschlusse des III. deutschen Richtertags das Postulat erhebt: „Das Gesetz muß die Fälle der Realkonkurrenz und Idealkonkurrenz einfacher als bisher beabsichtigt regeln. Es muß für beide Fälle (1.) dieselben (2.) genügend weiten Strafrahmen vorsehen."

§ 14.

Die Einheitsstrafe.

Der § 65 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 lautet: „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder ist durch die Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt oder hat jemand mehrere selbständige Taten begangen,

---

[205]) Ebenso Köhler, Reform S. 53, Stud. S. 38; Merkel Vgl. Darst. Bd. V, S. 406.

[206]) Reform I, S. 414.

[207]) Coenders spricht von Fragen, die „zu den schwierigsten des ganzen Strafrechts gehören."

die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen."

Diese Bestimmung des E. 27 setzt zunächst in einiges Erstaunen. Während man sich nämlich im allgemeinen darüber klar war, daß das Absorptionsprinzip des § 73 StGB. als modus puniendi fürder nicht mehr in Frage komme, hat man die in den § 74 StGB. auf die Realkonkurrenz verwandte Regelung im allgemeinen, d. h. soweit sie das Asperationsprinzip legalisierte, nicht beanstandet. Soweit man also überhaupt die Forderung nach einer Gleichstellung der Konkurrenzformen erhob, ging diese dahin, die Fälle der Idealkonkurrenz ebenfalls wie diese der Realkonkurrenz der Geltung des Asperationsprinzips des § 74 StGB. zu unterwerfen.

Das Asperationsprinzip ist das Produkt einer schon entwickelten Strafrechtswissenschaft. Während auf der ersten Stufe der Entwicklung die aus den verschiedenen Gesetzesverletzungen erwachsenen staatlichen Strafansprüche lediglich additionsweise kumuliert werden, hat sich in der Anerkennung des Asperationsprinzips bereits der Gedanke durchgesetzt, daß beim Zusammentreffen mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen, deren vollständige aneinander gereihte Verbüßung eine ungerechtfertigte Verschärfung der Strafe selbst enthalten würde, da die Schwere der Strafe intensiv härter wirke, je länger sie dauere[208]). Der Richter wird deshalb in die Lage versetzt, von der Summe der addierten auf die einzelnen Tatbestandsverwirklichungen erkannten Einzelstrafen einen gewissen, in seinem Ermessen stehenden Abzug zu machen, um die zu verbüßende Strafe wieder auf ein dem wahren Verschulden des Verurteilten entsprechendes Maß herabzusetzen. Trotzdem die §§ 74 ff. StGB. außer der untersten Bestrafungsgrenze über die Anwendung des Asperationsprinzips Anhaltspunkte nicht bieten, hat man - wie schon gesagt - dem Asperationsprinzip im allgemeinen die Zustimmung nicht versagt. Zu beanstanden gab es lediglich einige in den §§ 75 ff. StGB. enthaltene Unebenheiten, die darin bestehen, daß man den Vorteil der asperierten Gesamtstrafe beim Zusammentreffen gewisser zeitiger Freiheitsstrafen in einigen genau bestimmten Fällen wieder aufgab aus einer übertriebenen Rücksichtnahme auf den Angeklagten heraus. Man wollte beim Zusammentreffen einer custodia honesta mit einer ehrmindernden Strafe den Täter nicht um die Anerkennung bringen, daß ein Teil seiner Strafe auf von der öffentlichen Meinung gemeinhin nicht als ehrlos empfundene Handlungen zurückzuführen sei. Als ob ein Delinquent, der gleichzeitig wegen Unterschlagung oder

[208]) Vgl. Motive zum Entwurf III § 72. RG. 15, 30. Höpfner II, S. 129.

Untreue und Zweikampf zur Rechenschaft gezogen wird, diese Rücksicht verdiente! Auch hier hätte man besser das reine Kumulationsprinzip mit dem Asperationsprinzip vertauschen sollen.

Über den Weg, auf dem der erkennende Richter zu der Bildung der Gesamtstrafe gelangen sollte und über die Bedeutung, die den Einzelstrafen innerhalb der Gesamtstrafe zukommen sollte, enthält das positive Recht nichts. Aus dem Ausbau, den das Asperationsprinzip im geltenden Recht erfahren hat, läßt sicht aber darauf schließen, daß der eigentliche Gegenstand der Bestrafung die einzelne Tatbestandsverwirklichung ist. Ihre Strafwürdigkeit hat der erkennende Richter einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen und erst die auf Grund dieser Einzelbetrachtung gewonnenen Einzelstrafen hat er entsprechend dem Asperationsprinzip zueinander in Beziehung zu setzen. Die Verhängung der Einzelstrafe ist das wesentliche, sie bedeutet die eigentliche Anwendung des Strafgesetzes. Sie geschieht ohne Rücksicht auf die anderen realiter konkurrierenden Tatbestandsverwirklichungen. Die Bedeutung der Gesamtstrafe erschöpft sich ihr gegenüber in der Hauptsache darin, daß sie angibt, in welcher Weise die einzelnen erkannten Strafen zu verbüßen sind[209]). Es ist daher nicht richtig, wenn man die Einzelstrafen schon als lediglich Rechnungsfaktoren für die Bildung der Gesamtstrafe angesehen hat[210]). Richtiger Ansicht nach muß den Einzelstrafen eine gegenüber der Gesamtstrafe rechtlich selbständige Bedeutung eingeräumt werden[211]). Es bleiben also die verhängten Einzelstrafen insolange in Kraft, als sie nicht von Seiten des Revisionsgerichts eine ausdrückliche Aufhebung erfahren[212]) und beim Wegfall der Gesamtstrafe leben die Einzelstrafen wieder auf.

Indes läßt man diese Erkenntnis von dem selbständigen Charakter der Einzelstrafen sich nicht überall auswirken. Insbesondere glauben wir nicht, daß der Richter sich bei der Findung der Gesamtstrafe stets vor Augen hält, daß die einzelne Tatbestandsverwirklichung ihm Grundlage sein soll für die Anwendung der Strafgesetze und die Strafzumessung. Der Tatrichter wird — dies ist bei den Gerichten der untern Instanz das wohl durchaus Übliche — häufig so vorgehen, daß er sich zuerst ein Bild davon macht, was das seiner Beurteilung unterstehende strafrechtlich relevante

---

[209]) Frank § 74, IV.
[210]) RG. 2, 202; RG.Recht 7, 378.
[211]) RG. 25, 297 (Plenarentscheidung); RG. 4, 140; 26, 167. Olshausen § 73 N. 20. Frank § 74, IV.
[212]) Höpfner II, S. 131.

Verhalten des Täters ihm im Ganzen wert zu sein scheint[214]), und erst hinterher wird er diese „Einheitsstrafe" (von einer Gesamtstrafe im eigentlichen Sinne kann hierbei keine Rede mehr sein) in die Einzelstrafen mit einem jeweiligen Zuschlag zerlegen. Es ist dieser Weg, den die Praxis gewöhnlich einzuschlagen pflegt, zwar nicht der des Gesetzes, aber es liegt dieser Methode die richtige Erkenntnis zugrunde, daß eine nach wahrhafter Gerechtigkeit strebende Strafanwendung ihre Blicke eigentlich lösen müßte von den Zufälligkeiten und Beschränktheiten des gesetzlichen Tatbestands. Soll doch der Sinn der Bestrafung nach moderner Auffassung nicht Reaktion nur sein auf die einzelnen Gesetzesverletzungen, sondern ein Ausdruck der Mißbilligung des asozialen Verhaltens des Täters in seiner Gesamtheit.

Diesem letzteren Gedanken sucht der E. 27 offenbar — die Begründung enthält darüber leider nichts — Rechnung zu tragen, wenn er sowohl für den Fall der Handlungseinheit als der Handlungsmehrheit beim Vorliegen mehrerer Gesetzesverletzungen eine ungegliederte „Einheitsstrafe" vorschreibt. Wie in dem vom Gesetzgeber geschaffenen zusammengesetzten Delikt der Gedanke zum Ausdruck kommt, daß mehrere Tatbestandsverwirklichungen nicht bloß eine Summe in sich geschlossener Größen sind, sondern einen Inbegriff bilden, dem Eigenwert zukommt[214]), so soll nach dem Rechte des E. 27 nicht mehr die einzelne Gesetzesverletzung, aber auch nicht mehr die einzelne Handlung selbständigen Gegenstand der Bestrafung bilden, sondern der Täter soll nach dem Gesamtausdruck seiner asozialen Gesinnung bestraft werden, deren Emanation in einer oder mehreren Gesetzesverletzungen und selbstverständlich auch in einer oder mehreren Handlungen eine mehr zufällige ist. Freilich nicht eine ganz zufällige, wie sie die Ansicht die das Wesen der Strafe im Sicherungszweck findet, annehmen zu müssen glaubt. Das Strafmaß hat sich auch bei der Einheitsstrafe des E. 27 lediglich darnach zu richten, was der Täter tatsächlich schuldhaft verursacht hat[215]). Beling[216]) gibt dem Gedanken der Einheitsstrafe dahin Ausdruck: Es handelt sich bei der Ahndung des Verhaltens eines Menschen stets um ein in sich geschlossenes Lebensbild, mag dies formell-juristisch als eine Tat oder eine Mehrheit solcher erscheinen. Es wohnt eben immer dem Ganzen ein besonderer Eigenwert inne, der nicht unbedingt iden-

[213]) Vgl. Beling, Ger.Saal Bd. 93, S. 134 Anm. 1.
[214]) Raub ist nicht nur Diebstahl + Nötigung.
[215]) Lobe, Ger.Saal Bd. 93, S. 125.
[216]) a. a. O. S. 132.

tisch ist mit der arithmetisch errechneten Summe der Einzelposten, sondern größer oder kleiner sein kann.

Der neue modus puniendi, den uns der E. 27 in seinen § 65 ff. präsentiert, überrascht durch die Neuheit des ihm zugrundeliegenden Gedankens. Lediglich Höpfner[217]) hat, soweit wir überblicken können, schon früher de lege ferenda der vom E. 27 gewählten Einheitsstrafe das Wort geredet und es als einen Akt der Selbsttäuschung bezeichnet, wenn man glaube, der Gerechtigkeit in höherem Maße zu dienen durch Feststellung der Strafen für die einzelnen Tätigkeitsakte statt durch die Feststellung einer Strafe für das Ganze; dafür sei alle Strafzumessung etwas viel zu Unvollkommens, beruhe sie viel zu sehr auf einer Mischung von Gefühl und Gründen. Allein wenn auch zugegeben werden muß, daß für eine dem wahren Verschulden des Täters entsprechende Strafzumessung die Feststellung der Strafwürdigkeit der einzelnen Tätigkeitsakte nicht von Belang ist, so gibt es doch eine Reihe von praktischen Momenten, die den vom E. 27 vorgesehenen Bestrafungsmodus schon als einen nasciturus heftigen Anfeindungen begegnen und dessen Modifizierung als geboten erscheinen lassen[218]). Diese Anfeindungen stützen sich zwar nicht darauf, daß der E. 27 auch für den Fall des Vorliegens mehrerer Handlungen und mehrerer Verbrechen eine Strafeinheit vorsieht, denn von der Vorstellung, es sei der Grundsatz quot delicta-tot poenae a priori Bestandteil des Strafgesetzes, hat man sich, wie wir gesehen haben, gelöst.

Man hat der beabsichtigten Regelung auch nicht verargt[219]), daß sie den einzelnen Handlungen ihren Eigenwert nimmt und sich nicht stützt auf die Addition der über die Einzelakte verhängten Einzelstrafen. Man hat es lediglich als sehr mißlich bezeichnet, daß der E. 27 den einzelnen Handlungen[220]) überhaupt keine Rechnung trägt. In der Tat begeht der E. 27 damit einen Fehler, den man schon — was die Idealkonkurrenz anlangt — in der lex lata bedauert hat. Wird nämlich ein Urteil mit dem Rechtsmittel der Revision angefochten[221]), dann muß der Revisionsrichter, wenn er die Verurteilung wegen der einen Tatbestandsverwirklichung aufzuheben sich gezwungen sieht, das ganze Urteil auch hinsichtlich der zu Recht bestraften Tatbestandsverwirklichungen aufheben und den Prozeß an den Tatrichter zurückverweisen, während er im Falle einer Strafzumessung, die auf die einzelnen

---

[217]) I, S. 248.

[218]) Lobe a. a. O. S. 124, 4. Beling a. a. O.

[219]) Vgl. Beling a. a. O. S. 133.

[220]) Bzw. besser und umfassender den einzelnen Tatbestandsverwirklichungen.

[221]) Vgl. auch v. Hippel Z.St.W. 42, 541. Lobe JW. 54, 884.

Gesetzesverletzungen Einzelstrafen auswirkt, die ungerechtfertigte Verurteilung wegen der einen Tatbestandsverwirklichung durch Freisprechung in diesem Punkte korrigieren, im übrigen aber es bei der Beurteilung belassen könnte. Dieser Mißstand, den das geltende Recht nur bezüglich der Idealkonkurrenz aufweist, wird vom E. 27 auch auf das Gebiet der Realkonkurrenz übertragen, wo nach der lex lata bei Wegfall der Verurteilung wegen einer der mehreren konkurrierenden Tatbestandsverwirklichungen bislang nur aus den verbleibenden Einzelstrafen eine neue Gesamtstrafe zu bilden war. Die Regelung des E. 27 bedeutet also insoweit unbedingt einen Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht, sie bringt in ihrem Gefolge eine nicht gering zu achtende Verteuerung und Verschleppung der Prozesse und dieser Übelstand wird auch nicht — wie W e g n e r[222]) meint — dadurch aufgehoben, daß die Erstreckung der Nachprüfung auf sämtliche Tatbestandsverwirklichungen „sehr vorteilhaft für die Erzielung einer richtigen Entscheidung" sei.

Man findet noch weitere Argumente gegen die beabsichtigte Regelung des E. 27. Es mag, abgesehen von dem eben erhobenen Bedenken, die Einheitsstrafe des E. 27 noch angehen, wenn die s ä m t l i c h e n konkurrierenden Tatbestandsverwirklichungen dem erkennenden Richter zu einheitlicher Aburteilung vorliegen. Sehr häufig aber ergibt sich, wie die Erfahrung lehrt, das Bild, daß reell konkurrierende Taten in verschiedenen Verhandlungen abgeurteilt werden müssen entweder, weil einzelne der realiter konkurrierenden Delikte dem ersten Richter überhaupt nicht bekannt waren oder aber, weil sie zufolge der über Gegenstand und Umfang der Verhandlung und Urteilsfindung geltenden Vorschriften in das Urteil nicht einbezogen werden durften. In beiden Fällen ist das vom E. 27 erstrebte Ziel der Einheitsstrafe nicht erreicht. Wenn auch der E. 27 im § 68 eine dem § 79 StGB. entsprechende Vorschrift geschaffen hat, wonach die vor der früheren Verurteilung liegenden, aber in dieser nicht zu Sprache gekommenen Gesetzesverletzungen noch in die Einheitsstrafe einbezogen werden können, solange die Strafe aus jener früheren Verurteilung noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist, so ergibt sich doch eine Unebenheit, daß der spätere Richter wohl hinsichtlich der Schuldfeststellung, aber nicht hinsichtlich des Strafmaßes an die frühere Entscheidung gebunden ist. Denn da die Einheitsstrafe nur Produkt einer Würdigung des Gesamtbildes des sozialen Verhaltens des Täters sein kann, sind die vom ersten Richter über die Strafwürdigkeit des Täters angestellten Erwägungen belanglos, da

[222]) In Reform des Strafrechts von Aschrott-Kohlrausch, S. 184.

er den Umfang und das Gewicht des gesamten verbrecherischen Verhaltens ja nicht beurteilen konnte. Die Entscheidung über die Höhe des Strafmaßes ist daher völlig dem zweiten Richter in die Hände gelegt. Er hat — allerdings gebunden an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des früheren Richters — auch die den Gegenstand der früheren Verurteilung bildenden Gesetzesverletzungen noch einmal aufzurollen und in seine Beurteilung einzubeziehen. Damit ist natürlich die mit Aufwand an Zeit und Kosten verbundene frühere Verurteilung in der Hauptsache belanglos geworden. Beling a. a. O. hat zwar nicht auf diesen häufig sich ergebenden Fall hingewiesen. Er hat aber dieses Problem auch gestreift, indem er die Möglichkeit erwog, daß von mehreren Taten jede in einem isolierten Prozeß abgerügt werde, ohne daß das Vorliegen einer Realkonkurrenz bekannt ist. Wenn man nun auch davon ausgeht, daß das künftige Strafprozeßrecht ähnlich dem bisherigen eine Korrektur dieser mehreren ungesetzmäßigen Einzelstrafen durch nachfolgenden Beschluß zulassen wird, soll dann das beschließende Gericht an die von den erkennenden Gerichten verhängten, allerdings ungesetzmäßigen Einzelstrafen bei der Bildung der Einheitsstrafe in keiner Weise gebunden sein? Auch hier scheint das Wesen der Einheitstrafe des E. 27 die Preisgabe der früheren Einzelprozesse, jedenfalls soweit sie das Strafmaß betreffen, zu fordern. Das nachträgliche Beschlußverfahren ist dann einem „vollumfassenden Neuprozeß" gewichen.

In dem Fall endlich, daß im Laufe der Hauptverhandlung neue, der Anklage und dem Eröffnungsbeschluß fremde Tatbestandsverwirklichungen auftauchen, ist jedenfalls dann, wenn Realkonkurrenz vorliegt, die Erstreckung der Verhandlung und Urteilsfindung auf die neu aufgetauchten Tatbestandsverwirklichungen nur nach Maßgabe des § 266 StPO. möglich. Der erkennende Richter befindet sich hier nach dem Rechte des E. 27 in einem Dilemma. Einerseits hat das Verfahren, das er leitet, den ausgesprochenen Zweck, den Täter, falls sich seine Schuld als erwiesen herausstellt, durch Urteil in Strafe zu nehmen, auf der anderen Seite sieht sich der Richter aber nicht in der Lage, eine Strafe zu verhängen, da er damit dem Gedanken der Einheitsstrafe, den die §§ 65 und 66 E. 27 verkörpern, zuwiderhandeln würde. Wir haben oben § 7 g. E., als wir von dem Gegenstand und Umfang der Verhandlung und Urteilsfindung handelten, es de lege ferenda als durchaus wünschenswert bezeichnet, daß die Beschränkung, die der § 266 StPO. dem Richter auferlegt, gestrichen wird. Wir haben dort auch der Hoffnung Ausdruck gegeben, daß man, gerade um dem Zweck der Einheitsstrafe gerecht zu werden, dem Richter unabhängig vom Antrag der Staatsanwaltschaft und der Zustimmung

des Angeklagten die Möglichkeit bieten müsse, sämtliche konkurrierenden Delikte in einheitlicher Verhandlung abzuurteilen. Der E. 27 kann doch nicht darauf hinzielen, daß in diesen Fällen das Gericht gezwungen sein sollte, die Verhandlung bis zur Möglichkeit allseitiger Beurteilung zu vertagen oder gar das Verfahren einzustellen bis wegen der neu aufgetauchten Gesetzesverletzungen ebenfalls Anklage erhoben und das Hauptverfahren eröffnet ist. Auch dahin kann doch wohl nicht der Wille des Gesetzgebers gehen, daß bei der erörterten Sachlage der Richter sich darauf beschränken könne, das Vorliegen einer Gesetzesverletzung nach der objektiven und subjektiven Seite hin zu untersuchen und festzustellen, ohne eine Strafe festzusetzen. Für eine derartige bloße Schuldigsprechung des Angeklagten ohne Strafanwendung bietet das Recht des E. 27 in seinem bisherigen Ausbau ebensowenig Handhabe wie die Bestimmungen der lex lata. Das Verhältnis, in dem die Einheitsstrafe des E. 27 beim augenblicklichen Stand der Dinge zu den Bestimmungen über Gegenstand und Umfang der Verhandlung und Urteilsfindung steht, ist unhaltbar.

Wie wir schon betont haben, gibt sich die Begründung zum E. 27 keine Mühe, die „Einheitsstrafe" zu rechtfertigen. Die Regelung ist einem Vorschlag der österreichischen Mitarbeiter gefolgt. Neben dem Gedanken des Eigenwerts, der dem Gesamtbild des verbrecherischen Verhaltens gegenüber den einzelnen Tatbestandsverwirklichungen zukommt und den wir selbst aus dem Sinn des Gesetzes erst herausholen müssen, spricht die Begründung des E. 27 von dem Zweck der Einheitsstrafe nur in dem einen Satz: „Es wird in beiden Fällen (Ideal- und Realkonkurrenz) stets nur eine Strafe verhängt; die dem Laien befremdlich erscheinenden mehrfachen Verurteilungen zum Tode oder zu lebenslanger und zugleich zu zeitiger Freiheitsstrafe sind künftig nicht mehr möglich." Wenn auch zuzugeben ist, daß dieser Ansatz, das Gesetz dem Rechtsempfinden des Volkes näher zu bringen, vom kriminalpolitischen Standpunkt aus höchst begrüßenswert ist und wenn auch zuzugeben ist, daß die Schaffung der Einheitsstrafe ein richtiger Schritt auf diesem Wege ist, so fordert weder dieses Ziel noch jener von uns herausgeschälte allgemeine Gedanke des Eigenwerts der Einheitsstrafe, die Unzuträglichkeiten, die sich aus dem Mangel einer Gliederung der Einheitsstrafe ergeben. Auf der einen Seite würde es den Laien nicht befremden, wenn den mehreren Gesetzesverletzungen entsprechend sich der Richter dahin äußerte, welchen kriminellen Gehalt er den einzelnen Gesetzesverletzungen für sich allein betrachtet beimißt, sofern er nur davon absieht, auf diese Strafen zu erkennen. Auf der anderen Seite kann man auch nicht von vornherein behaupten, daß das Wesen der Einheitsstrafe

eine Gliederung nicht zulasse. Freilich darf die Gliederung, die wir befürworten möchten, nicht in der Weise getroffen werden, wie sie bezüglich des Asperationsprinzips bei der lex lata zu treffen war. Handelt es sich doch nicht darum, aus einer Reihe von Einzelstrafen eine Gesamtstrafe aufzubauen, sondern gerade umgekehrt darum, eine Einheitsstrafe in einzelne, lediglich rechnerische Strafgrößen zu zerlegen. Der Richter müßte — wie er es ja heute unter der Herrschaft des Asperationsprinzips unberechtigterweise schon nahezu allgemein tut — zuerst sich ein Gesamtbild von der strafrechtlichen Relevanz der verbrecherischen Tätigkeit des Angeklagten machen und darnach die Einheitsstrafe festsetzen. Erst nachdem er sich so zu dem Gesamtwert des verbrecherischen Verhaltens des Täters geäußert hat, sollte er sich für die oben dargelegten Eventualitäten dahin äußern, welchen strafrechtlichen Wert er den einzelnen Tatbestandsverwirklichungen isoliert betrachtet beimißt. Denn die Anwendung der Einheitsstrafe geschieht gewissermaßen unter der clausula rebus sic stantibus[223]). Stellt sich nachträglich noch eine andere, nicht in die Gesamtwertung mit einbezogene Gesetzesverletzung als begangen heraus, dann fällt die erkannte Einheitsstrafe als unwahr und unbegründet in sich zusammen und lediglich in den erkannten Einzelstrafen kann der spätere Richter eine Stütze finden für die Neubildung der Einheitsstrafe.

§ 15.

Die Regelung des Entwurfs im Einzelnen.

Mit seiner Einheitsstrafe, die uns von der Notwendigkeit, zwischen Ideal- und Realkonkurrenz zu unterscheiden, entheben soll, und die aus dem Gedanken der Sicherungsstrafe heraus entsprungen nicht ein Werturteil über die Tat, sondern über die ganze Persönlichkeit des Täters sein soll, hat der E. 27 wieder zu dem bislang so sehr verpönten Absorptionsprinzip gegriffen. Denn anstatt die Strafdrohungen für die verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen zur Anwendung zu bringen, hat der Richter nur auf eine Strafe zu erkennen.

Wenn gesagt wird, die Regelung der §§ 65 und 66 E. 27 sei beherrscht durch das Absorptionsprinzip, so darf darunter nicht das Absorptionsprinzip des § 73 StGB. verstanden werden. Denn bei

[223]) Beling a. a. O. S. 132: „Die vom Entwurf vorgesehene Einheitsstrafe setzt Einheitsprozeß und Einheitsurteil voraus."

diesem handelte es sich in Wahrheit — wenn dies auch unter dem Druck praktischer Tendenzen bewußt verkannt wurde — um eine Absorption der minder schweren Strafgesetze durch das in abstracto strengste Strafgesetz, während das Absorptionsprinzip des E. 27 in Wahrheit lediglich eine Absorption der Strafdrohungen bedeutet, d. h. die Strafe darf nur einer der mehreren Strafdrohungen entnommen werden.

Die letzte Feststellung wird einmal dahin bedeutsam, daß der verfügende Teil des auf die Einheitsstrafe erkennenden Urteils die Schuldigerklärung und Verurteilung des Täters wegen sämtlicher vorliegender, von der Einheitsstrafe umfaßter Tatbestandsverwirklichungen aussprechen muß. Von Wert ist die ausdrückliche Verurteilung wegen sämtlicher konkurrierender Gesetzesverletzungen namentlich beim Rückfall. Zwar ist die Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechers nicht mehr in dem Maße formalisiert wie im positiven Recht, wo der Rückfall nicht unter den allgemeinen Strafbemessungsgründen figuriert, sondern nur bei bestimmten einzelnen Delikten als obligatorischer Strafschärfungsgrund verwendet ist. Die Formalisierung des § 78 des E. 27 besteht lediglich darin, daß er eine doppelte Verurteilung des Täters wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens zum Tode oder zur Freiheitsstrafe von wenigstens 6 Monaten voraussetzt, ohne daß es hierbei von Belang wäre, welche Delikte den früheren Verurteilungen zugrunde lagen. Wenn es darnach scheinen mag, daß eine ausdrückliche Verurteilung wegen sämtlicher konkurrierender Gesetzesverletzungen für den Rückfall nicht von Belang sei, gelangt man doch zu einer andern Ansicht, wenn man sich vorhält, daß der E. 27 [224]) in dem „Rückfall" allein kein unbedingt zuverlässiges Zeichen von einem besonders schweren verbrecherischen Hang sieht. Der E. 27 verlegt vielmehr das für die Bestrafung des Gewohnheitsverbrechers entscheidende Merkmal in die Persönlichkeit des Täters, in seine Gefährlichkeit für die Interessen der Gesellschaft. Dieses letztere Moment kann aber selbstredend nur beurteilt werden, wenn man sich nicht nur die Strafen, die der Delinquent sich zugezogen hat, vorhält, sondern auch die einzelnen Gesetzesverletzungen, deren er für schuldig befunden wurde, sich vor Augen führt.

Zum andern bedeutet die Beschränkung der Absorptionswirkung auf die Strafdrohungen die Anerkennung einer praktischen Forderung, die in dem § 76 StGB. nur unvollkommene Anerkennung erfahren hatte. In den Fällen der idealen Konkurrenz empfand man es nämlich in der lex lata als überaus mißlich, daß

[224]) Vgl. Begründung S. 58.

die Absorption die neben der Strafdrohung der milderen Strafgesetze stehenden Nebenstrafen ebenfalls mit umfassen sollte, so daß es mitunter als ein besonderes Glück des Angeklagten bezeichnet werden konnte, wenn er zugleich gegen ein schwereres Gesetz verstieß, das die Nebenstrafe nicht kannte. Nur contra legem gelangte man dazu, die polizeilichen Maßnahmen und die Privatgenugtuungen von den Absorptionswirkungen auszunehmen. Das den E. 27 beherrschende Absorptionsprinzip schafft hier Wandel; die Bestimmung des § 67 E. 27 lautet also: „Neben der Strafe müssen oder können Nebenstrafen und Nebenfolgen und Geldstrafe nach § 38 verhängt und Maßregeln der Besserung und Sicherung für zulässig erklärt oder angeordnet werden, wenn das auch nur wegen einer der Gesetzesverletzungen zugelassen oder vorgeschrieben ist." Diese Regelung wird dem gemeinen Rechtsempfinden eher gerecht als die Lösung in der lex lata. Es kann kein Grund gefunden werden, warum z. B. eine Geldstrafe, die neben einer andern Strafe verhängt wurde, um die gewinnsüchtige Tendenz einer Gesetzesverletzung noch besonders zu strafen, dann nicht sollte vollstreckt werden können, wenn diese Gesetzesverletzung mit anderen konkurriert.

Die Vorurteile, die man aus der lex lata gegenüber dem Absorptionsprinzip mit sich bringt, gilt es aber auch noch gegenüber andern Bedenken abzustreifen. Man hat — wie wir gesehen haben — das Absorptionsprinzip des § 73 StGB. um deswillen sehr verdammt, weil es dem Umstand keine Rechnung trage, daß in den Konkurrenzfällen ein kriminelles Plus vorliege gegenüber den Fällen einer einheitlichen Tatbestandsverwirklichung. Diesen Vorwurf braucht sich der E. 27 nicht mehr gefallen zu lassen. Bestimmt doch der zweite Absatz des § 66 E. 27: „Das Höchstmaß der Strafe, das in dem anzuwendenden Strafgesetz vorgesehen ist, darf um die Hälfte überschritten werden." Diese Möglichkeit, die absorbierende Einheitsstrafe einer Asperation zu unterziehen, nimmt dem Rechte des Entwurfs jegliche Härte einer „mathematisch oder mechanisch bestimmten Konkurrenzwirkung". Wenn man sich auf der einen Seite vorhält, daß die Mehrheit der Tatbestandsverwirklichungen des öftern das Produkt ist eines gewissen Gesetzesformalismus, der begrifflichen Selbständigkeit der Einzelakte [225]) und daß in diesen Fällen das gesellschaftswidrige Verhalten des Täters aus der Strafdrohung der einen der mehreren Gesetzesverletzungen heraus hinreichend abgegolten werden kann, wenn man andererseits bedenkt, daß trotz Vorliegens einer Hand-

[225]) Vgl. W a c h, Legislative Technik (1908). Vgl. Darst. d. D. und Aust. Strafr. Allgem. Teil Bd. II, S. 82 f.

lungseinheit ein Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen vorliegen kann, das selbst mit dem Maximum der schwersten der auf die einzelnen Gesetzesverletzungen angedrohten Strafen nicht abgegolten werden kann, so wird man das durch die fakultative Asperation gewissermaßen veredelte Absorptionsprinzip begrüßenswert finden.

Welche ist nun die absorbierende Strafe? Der § 66 E. 27 bestimmt: „Die Strafe wird nach dem Gesetz bestimmt, daß die höchste Strafe oder, bei ungleichen Strafarten, die Strafe schwerster Art androht; doch darf auf keine niedrigere oder der Art nach leichtere Strafe erkannt werden, als nach den übrigen Strafgesetzen zulässig ist." Die zu verhängende Strafe soll also nur einer Strafdrohung entnommen werden. Und zwar soll wie im geltenden Recht bei der Idealkonkurrenz stets diejenige Strafdrohung den Rahmen abgeben, die in thesi nicht in concreto die schwerste Strafe androht. Ist auf mehrere Tatbestandsverwirklichungen dieselbe Strafe angedroht, so entscheiden über die anzuwendende etwa daneben angedrohte Nebenstrafen oder sonstige Nebenfolgen; in deren Ermangelung wird die Strafe mit dem größeren Strafmaximum als die schwerere anzusehen sein. Beim Vorliegen ungleichartiger Strafarten folgen diese ihrer Schwere nach in folgender Reihe: Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Einschließung, Geldstrafe. Es ist also ein Tag Gefängnis schwerer anzusehen denn die höchste Geldstrafe.

Die auf Grund dieser Untersuchungen gewonnene absorbierende Strafe kann nun im Einzelfall nach dem Ermessen des Richters asperiert werden, soweit sie überhaupt asperationsfähig, d. h. nicht ein für alle Male bestimmt ist[226]) (Todesstrafe, lebenslängliche Freiheitsstrafe). In diesem Fall bleiben die übrigen Gesetzesverletzungen im Strafmaß völlig unberücksichtigt. „Die dem Laien befremdlich erscheinenden mehrfachen Verurteilungen zum Tode oder zu lebenslanger und zugleich zu zeitiger Freiheitsstrafe sind künftig nicht mehr möglich." Ist die Strafe dagegen nicht ein für alle Male bestimmt, erläutert die Begründung S. 51, „sondern in der Form eines Strafrahmens angedroht, so gewährt der Entwurf dem Umstand, daß auf die Tat noch andere Strafgesetze anzuwenden sind oder daß der Täter noch andere Straftaten begangen hat, sowohl auf die untere wie auf die obere Grenze dieses Strafrahmens einen Einfluß." Der erweiterungsfähige Strafrahmen soll nun aber nach der Begründung[227]) nicht einfach mit der Strafdrohung, die dem gesetzlichen Tatbestand beigegeben ist, identisch sein. Die Asperationsmöglichkeit ist vielmehr für den

[226]) Vgl. Begründung S. 51.
[227]) S. 51.

Strafrahmen vorgesehen, der in concreto für die schwerste der Gesetzesverletzungen zur Verfügung steht. Es sind also für seinen Umfang die Änderungen zu berücksichtigen, die sich aus den Bestimmungen über die Strafbemessung ergeben. In Betracht kommen die „besonderen Milderungsgründe" des § 73, die „mildernden Umstände" des § 74, die „besonders leichten Fälle" des § 76 und die „besonders schweren Fälle" des § 77 E. 27.

Die Erweiterung dieses solchermaßen gewonnenen Strafrahmens nach oben hin ist nun in dreifacher Weise begrenzt. Einmal absolut dahin, daß die asperierte Freiheitsstrafe die Dauer von 15 Jahren nicht übersteigen darf. Zum andern relativ dahin, daß die Summe des ursprünglichen Höchstmaßes der Freiheitsstrafe des schwersten Strafgesetzes und der Höchstmaße der andern verletzten Strafgesetze nicht überstiegen werden darf. Zum dritten ebenfalls relativ dahin, daß das Höchstmaß der Strafe, das in dem anzuwendenden Strafgesetz vorgesehen ist, allenfalls um die Hälfte überschritten werden darf; droht das schwerste Strafmaß mehrere Strafen (Geld- und Freiheitsstrafe) wahlweise oder nebeneinander an, so tritt Erhöhung um die Hälfte bei allen ein.

Man sieht: es müssen zur Gewinnung des für die Konkurrenzfälle maßgeblichen Strafrahmens „Operationen vorgenommen werden, die der Findung der alten Gesamtstrafe an Schwierigkeit jedenfalls nicht nachstehen" [228]). Ein gewisser Formalismus wird sich indessen bei der Bestrafung von Konkurrenzformen nie vermeiden lassen. Man könnte sogar Zweifel laut werden lassen, ob der E. 27 in seinem Bestreben, der Konkurrenzlehre eine möglichst einfache Gestaltung zu geben nicht zu weit geht. Während nämlich beim Asperationsprinzip des § 74 StGB. zur Bestimmung des relativen Höchstmaßes die auf die einzelnen Gesetzesverletzungen erkannten Strafen erst nach § 21 StGB. umgerechnet und gleichartig gemacht werden mußten, setzt der Entwurf rigoros die milderen Strafen den strengsten gleich. So ist bei der Bestimmung der Höchstgrenze des erweiterten Strafrahmens ein Jahr Gefängnis einem Jahr Zuchthaus gleichzusetzen!

Mit der Bestimmung der unteren Grenze der Einheitsstrafe hat der E. 27 eine Unebenheit ausgeglichen, die im geltenden Recht Gegenstand eines mit Nachdruck geführten Streites war. Es schien nämlich fraglich, ob der Richter auf das Mindestmaß des strengeren Gesetzes auch dann erkennen könne, wenn das des milderen höher sei. Bei Bejahung dieser Frage kam man zu dem unbefriedigenden Ergebnis, daß der Täter deshalb, weil seine Tat noch unter ein schwereres Gesetz fällt, milder bestraft werden kann, als

[228]) Lobe Ger.Saal Bd. 93, S. 121 f.

er zu bestrafen wäre, wenn nur das mildere Strafgesetz anzuwenden ist[229])[230]). Richtiger Ansicht nach durfte der Richter schon für den Bereich der lex lata unter das Minimum des milderen Gesetzes nicht heruntergehen, obwohl sich die zu erkennende Strafe im übrigen ausschließlich nach der das höhere Maximum androhenden Strafe richtet[231]). Eine auf die ratio des Gesetzes sehende Auslegung hätte unseres Erachtens den Gesetzgeber der Notwendigkeit entheben müssen, das eigentlich Selbstverständliche noch einmal auszusprechen: „Doch darf auf keine niedrigere oder der Art nach leichtere Strafe erkannt werden, als nach den übrigen Strafgesetzen zulässig ist" (E. 27 § 66, Abs. 1 2. Halbsatz).

Von dem eben dargestellten Bestrafungsmodus macht der E. 27 nur eine einzige Ausnahme in dem § 66 Abs. 3: „Auf Einschließung kann erkannt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür auch nur bei einer der zusammentreffenden Gesetzesverletzungen vorliegen und die anderen daneben nicht ins Gewicht fallen." Es korrespondiert dieser Absatz mit dem Absatz 1 des § 75 StGB., wonach man dem Täter beim Zusammentreffen von Gefängnisstrafe und Festungshaft seinen Anspruch auf eine custodia honesta nicht entziehen zu können glaubte, weshalb man für diesen Fall auf das Kumulationsprinzip zurückgriff. Selbstverständlich konnte eine derartige übertriebene Rücksichtnahme auf den Verbrecher in den E. 27 nicht übernommen werden, da dies mit dem Charakter der Einheitsstrafe unverträglich gewesen wäre. Man hat es direkt mit Entrüstung aufgenommen[232]), daß auch der E. 27 so sehr darauf bedacht ist, dem Delinquenten seine custodia honesta nicht zu nehmen. Zwar verstößt die Vorschrift des § 66 Abs. 3 nicht gegen den im Entwurf durchgeführten Grundsatz der Einheitsstrafe, denn der Richter hat nur die Wahl, entweder die ganze Einheitsstrafe in Einschließung festzusetzen oder von der Anwendung der Einschließungsstrafe überhaupt abzusehen. Lobe[233]) eifert dagegen, daß die Milderungsgründe des § 72 E. 27 um deswillen, weil sie bei einer Tat zutreffen, bei zufälliger Aburteilung mit anderen Taten auch auf diese übertragen werden und daß dies selbst dann noch möglich sei, wenn die Taten nicht einmal miteinander abgeurteilt worden seien, sondern einheitliche Aburteilung nach § 68 E. 27 lediglich hätte stattfinden können. Auch beanstandet er, daß sich in dem zitierten Paragraphen die ganz verschwommene und unsichere Anordnung „nicht ins Gewicht fallen" findet.

---

[229]) Vgl. Begründung S. 50.
[230]) So die herrschende Lehre Köhler S. 148; Liszt-Schm. § 56; Lobe Einleitung zu § 73, III, RG. 8, 84; 16, 301; 18, 179; 39, 155.
[231]) Olshausen § 73 N. 35. Frank § 73, IV 1; Lobe Ger.Saal 93, 120.
[232]) Lobe a. a. O. spricht von einem „starken Stück".
[233]) Lobe a. a. O.

Unseres Erachtens liegt gerade hierin der Schlüssel zu der Erkenntnis, daß der Stelle nur eine sehr beschränkte Bedeutung zukommt, die zu einer Aufregung überhaupt keinen Anlaß bietet. Ohne Zweifel sind unter den konkurrierenden Gesetzesverletzungen, die nicht ins Gewicht fallen, diejenigen Fälle zu verstehen, von denen der E. 27 in § 76 handelt. Dann, wenn die konkurrierenden Gesetzesverletzungen so gering und die Folgen der Tat, abgesehen von der Tatbestandsverwirklichung, wegen der auf die Strafe der Einschließung erkannt wird, so unbedeutend sind, daß ihretwegen allein ein Bedürfnis für eine Bestrafung nicht besteht, soll der Täter für die Tatbestandsverwirklichung, deretwegen sich eine Verfolgung lohnt, des Vorzugs der custodia honesta nicht verlustig gehen. Eine Bestrafung der besonders leichten konkurrierenden Delikte ist dann, wenn schon eine Einheitsstrafe verhängt werden muß, doch nötig geworden, da der E. 27 § 76 nur den Fall im Auge hat, daß wegen der besonders leichten Fälle allein von Strafe abgesehen werden kann. Die besonders leichten Fälle sollen aber diesenfalls für die Art der Bestrafung nicht entscheidend sein. Es liegt also der Fall keineswegs so, wie in dem Fall, wo die herrschende Meinung für den Bereich der lex lata behauptet, es dürfe der Richter auf das Mindestmaß des strengeren Gesetzes zufolge des Absorptionsprinzips auch dann erkennen, wenn das des milderen höher sei. Die Konkurrenz des mit der custodia honesta bedrohten Delikts wirkt im Falle des § 66 Abs. III E. 27 nicht — wie Lobe meint — strafmildernd, sondern ist überhaupt erst strafbegründend für die konkurrierenden Delikte (die besonders leichten Fälle). Aus dem Gesagten ergibt sich auch der Schluß, daß der Fall des § 68 E. 27 hier gar nie zutreffen kann. Denn ohne das mit der custodia honesta bedrohte Delikt werden die besonders leichten Fälle gar nicht verfolgt, ob sie nun vor oder nach der Bestrafung des mit der Strafe der Einschließung bedrohten Delikts bekannt geworden sind.

Lebenslauf.

Ich, Manfred Boehringer, bin geboren am 16. Februar 1904 zu Reutlingen als Sohn des damaligen Redakteurs Robert Boehringer. Im Herbst 1911 kam ich in die Elementarschule in Cannstatt. Anschließend durchlief ich das Gymnasium in Cannstatt. Im Frühjahr 1923 bestand ich das Abitur und bezog zum Studium der Rechtswissenschaft die Universität Tübingen. Im W.S. 1924/25 studierte ich in Berlin, im anschließenden S.S. 1925 in Kiel. Nach Tübingen zurückgekehrt, bestand ich im Frühjahr 1927 das Referendarexamen. Den Vorbereitungsdienst leistete ich beim Amtsgericht Stuttgart II und beim Landgericht Stuttgart. Am 5. November 1929 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab.